

N. 00591/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01401/2010 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 la Emilia Romagna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1401 del 2010, proposto da:  
Raffaele Pozzi, rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Migani,  
Andrea Balzani, con domicilio eletto presso Luciana Petrella in  
Bologna, via Marsili 15;

***contro***

Comune di Cesena, rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto  
Ghezzi, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada  
Maggiore 53;

Dirigente Settore Infrastrutture e Mobilità del Comune di Cesena;

***nei confronti di***

Trascoop-Trasporti Società Cooperativa;

***per l'annullamento***

- della determina n° 1052/2010 del 01 luglio 2010 assunta dal

Dirigente del Settore Infrastrutture e Mobilità del Comune di Cesena di procedura negoziata per l'affidamento di lavori pubblici in appalto per opere di urbanizzazioni stradali e fognarie;

- della lettera 14 settembre 2010 (Prot.5 64 1 4/3 5 1) di invito alla procedura negoziata e relativo disciplinare di gara nella parte in cui prevede, a pena di esclusione dell'offerta, il versamento del contributo all'AVCP con specifiche modalità tassative;

- del verbale 28 ottobre 2010 delle operazioni della procedura negoziata con cui è stata esclusa la ricorrente dalla gara e recante l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto alla controinteressata TRASCOOP Trasporti Società Cooperativa;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara nonché della successiva determinazione n° 1641/2010 del Dirigente settore infrastrutture e mobilità del Comune di Cesena che ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara alla detta controinteressata;

- di ogni altro atto presupposto, collegato e comunque connesso e consequenziale, ivi compreso il contratto di appalto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cesena;

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 30 giugno 2011 il dott. Sergio Fina e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Sono impugnati vari atti – lettera d’invito e disciplinare di gara, nonché i verbali di gara e la determina di aggiudicazione definitiva dell’appalto, atti meglio indicati in epigrafe - relativi alla procedura per l’affidamento di lavori ed opere di urbanizzazione stradale e fognaria.

In relazione al primo motivo il ricorso appare fondato.

Assume in sintesi il ricorrente che a seguito dell’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici è stata introdotta la previsione – art. 8/12°c D.lgs. n. 163/2006 – in base alla quale è fatto obbligo agli operatori economici di corrispondere all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici il prescritto contributo quale condizione di ammissibilità alle pubbliche gare connesse alla realizzazione di opere pubbliche.

L’omesso versamento del contributo al predetto organo, sempre ad avviso dell’interessato, costituisce “ope legis” una causa di esclusione dell’offerta dalla gara pubblica, mentre il versamento effettuato con modalità diverse da quelle impartite può rappresentare una mera irregolarità, ma non una violazione di gravità tale da esigere un’apposita norma di esclusione del concorrente dalla procedura concorsuale.

Da qui l’illegittimità della prescrizione del bando che nella specie

determinava l'esclusione del candidato dalla gara in caso di versamento del contributo con modalità diverse da quelle richieste dalla *lex specialis*.

L'argomentazione è nella sostanza da condividere.

L'art. 1/67°c della L. n. 266/2005 dispone che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, a cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, determina, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento, l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti pubblici e privati sottoposti alla sua vigilanza 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.

Ne deriva che l'unica prescrizione imposta dalla legge ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, è l'effettivo versamento del contributo restando del tutto irrilevante le modalità attraverso le quali tale versamento viene di fatto eseguito.

Deve conseguentemente ritenersi illegittima la clausola del disciplinare di gara che impone, a pena di esclusione, l'osservanza di specifiche modalità del versamento anzidetto, così attribuendo rilievo a condotte non espressamente previste dalla legge e oltretutto violando il generale principio del "favor participationis"

Discende dalle illustrate considerazioni anche l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla

controinteressata Trascoop Trasporti soc. coop..

Quanto alla domanda risarcitoria e a quella di declaratoria d'inefficacia del contratto, esse vanno distintamente considerate nei termini che seguono.

Sotto il primo profilo la reintegrazione in forma specifica del danno non necessita di un apposita statuizione, costituendo la medesima un effetto conformativo diretto ed immediato della pronuncia di annullamento che assicura al ricorrente, prima ingiustamente pretermesso, la posizione acquisita all'atto della sua contestata esclusione e dunque la sua riammissione alla gara, mentre per ciò che attiene l'esito della procedura spetta unicamente all'amministrazione il riesercizio dell'attività tecnico valutativa concernente le offerte presentate e la conseguente nuova aggiudicazione.

In ordine all'ulteriore richiamata istanza va poi dichiarata, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., l'inefficacia a decorrere dalla data della sua stipula, del connesso contratto di appalto, peraltro risultante allo stato ineseguito, stante la gravità degli effetti del vizio riscontrato che ha determinato l'illegittima esclusione dell'interessato dalla procedura concorsuale così negandogli l'opportunità, sia pure in via potenziale, di conseguire l'aggiudicazione della gara.

In conclusione il ricorso deve essere accolto e per l'effetto annullati gli atti impugnati e inoltre deve essere dichiarata l'inefficacia ex tunc del contratto stipulato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Dichiara l'inefficacia nei termini suindicati del contratto d'appalto.

Condanna il resistente Comune alle spese di lite che si liquidano in complessivi € 3000,00 (euro tremila/zero) .

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2011

IL SEGRETARIO

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