

N. 00146/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00052/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 52 del 2013, proposto da:

Società C.G.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto
presso il suo studio in Trieste, Via Filzi, n. 4;

contro

Regione Friuli-Venezia Giulia - Direzione Centrale Ambiente, Energia e
Politiche per la Montagna, in persona del Presidente *pro tempore* della
Giunta regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Daniela Cantarutti,
domiciliata in Trieste, piazza Unita' D'Italia, n. 1;

nei confronti di

Mingotti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Dania Benedet e Mario Reiner, con
domicilio eletto presso Mario Reiner Avv. in Trieste, largo Don Bonifacio
1;

Friulana Bitumi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non

costituita in giudizio;

per l'annullamento

-previa sospensione cautelare, anche con richiesta di provvedimento presidenziale monocratico, anche inaudita altera parte:

-del Decreto del Direttore del Servizio difesa del suolo (Regione FVG) n. SIDISGO/11 dd. 7.1.2013, comunicato in data 15.1.2013, di aggiudicazione definitiva dei lavori all'Impresa Mingotti srl;

-del Decreto del Direttore del Servizio difesa del suolo (Regione FVG) SIDISGO 2719 dd. 29.11.2012, comunicato in data 6.12.2012, di aggiudicazione provvisoria dei lavoro all'Impresa Mingotti srl;

-del verbale di gara dd. 28.11.2012;

-dell'eventuale contratto che dovesse essere stato stipulato;

-dell'eventuale consegna dei lavori che dovesse essere stata disposta, anche in via d'urgenza e nelle more del contratto;

-di ogni altro atto presupposto, successivo, conseguente e, comunque, connesso a quelli impugnati ed anche non noto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Friuli-Venezia Giulia - Direzione Centrale Ambiente, Energia e Politiche per la Montagna e di Mingotti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2013 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso spedito per la notifica in data 11 febbraio 2013 e ritualmente depositato il 14 febbraio successivo, la Società CGS S.p.A., in persona del

legale rappresentante *pro tempore*, impugna gli atti, meglio distinti in epigrafe, con i quali la Regione Friuli-Venezia Giulia - Direzione Centrale Ambiente, Energia e Politiche per la Montagna – Servizio idraulica – Posizione organizzativa difesa del suolo, infrastrutture civili e idraulica ha definitivamente aggiudicato, in favore della controinteressata MINGOTTI S.R.L., la procedura negoziata, esperita *ex art. 57*, D.Lgs. 163/2006, per l'affidamento della “*Sistemazione opera trasversale sul torrente Torre a valle della S.S. Palmarina*”, per un importo a base d’asta pari ad € 894.931,37, di cui € 39.800,00 per oneri di sicurezza. La ricorrente premette, in punto di fatto, di avere richiesto invano alla S.A. di escludere dalla gara la Friulana Bitumi s.r.l. per avere questa depositato presso il Tribunale di Udine il ricorso per l’ammissione al concordato preventivo, esclusione in seguito alla quale il prezzo più basso sarebbe stato quello della ricorrente, la quale pertanto doveva aggiudicarsi la gara in luogo della Mingotti. In particolare, assume la ricorrente che, a seguito della esclusione della Friulana Bitumi, risulterebbe vincitrice con il ribasso del 23,29, mentre la controinteressata si classificherebbe al secondo posto in graduatoria con ribasso pari a € 23,02. Quindi la ricorrente solleva, nell’ambito di un unico motivo di ricorso, le seguenti testuali censure:

violazione di legge: violazione e/o falsa applicazione dell’art. 38, 1° c., lett. a), D. Lgs. 163/2006.; violazione art. 71, DPR 445/2000. Errata applicazione dell’art. 186 *bis*, L. Fallimentare (RD 267/1942), come modificato dalla L. 134/2012. Lesione dei principi generali comunitari e nazionali in materia di rispetto della *par condicio* fra i concorrenti e nei rapporti con la p.a..

La questione agitata in ricorso concerne l’omessa esclusione dalla procedura *de qua* della Friulana Bitumi per carenza del requisito generale di cui all’art. 38, 1° c., lett. a), D. Lgs. 163/2006, laddove prevede l’esclusione di coloro “*che si trovano in stato di...concordato preventivo...o nei cui riguardi sia in corso un*

procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni...”. Assume parte ricorrente che l’attivazione della procedura di concordato preventivo, peraltro avvenuta il giorno dopo la presentazione dell’offerta mediante apposito ricorso, darebbe luogo alla perdita del requisito di partecipazione scolpito dalla su citata norma del codice dei contratti pubblici, tanto più che la nuova norma fallimentare (art. 186 *bis* della L. 134/2012) introduce una disciplina ancor più stringente ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, alla luce di quanto stabilito dalla lett. h) del co. 1 dell’art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla L. di conversione 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto l’art. 186 *bis* della Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267).

La ricorrente conclude per l’annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento del danno.

Si costituiscono la Regione Friuli Venezia Giulia e la controinteressata Mingotti S.r.l. al fine di resistere.

Non si costituisce invece, ancorché ritualmente intimata, la Friulana Bitumi S.r.l..

Alla camera di consiglio del 6 marzo 2013, rese edotte le parti, il ricorso è introitato in decisione in forma semplificata.

Il ricorso è infondato.

Parte ricorrente assume, in sostanza, che l’offerta andava esclusa con riferimento al momento antecedente della sua ammissione alla selezione per carenza dei requisiti di ordine generale, di guisa che, se ciò fosse avvenuto, della stessa non si sarebbe tenuto conto ai fini della determinazione matematica della soglia di anomalia e l’esito finale della gara sarebbe stato a suo favore.

Il Collegio ritiene di condividere le prospettazioni delle resistenti a proposito della eccepita inammissibilità del gravame per la inidoneità della questione sollevata a riverberarsi sull’esito della gara, stante l’intervenuta

cristallizzazione delle operazioni matematiche che hanno condotto alla individuazione della soglia di anomalia. In tal senso depongono sia la formula dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, che consente la rideterminazione della soglia di anomalia nel solo specifico caso in un *“all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria... non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni?”*, sia gli effetti pregiudizievoli a carico delle ineludibili esigenze di speditezza e celerità della procedura derivanti dalla pretesa necessità di riformare l'esito della gara ad ogni nuova esclusione di concorrenti precedentemente ammessi alla selezione per il riscontro di vizi inficianti la domanda di partecipazione. Vi è peraltro da osservare che, nel caso di specie, la dedotta causa di esclusione sarebbe intervenuta dopo la presentazione della domanda di partecipazione, essendo pacifico che quanto autocertificato dalla ditta con riferimento a tale data corrispondeva alla esatta realtà, per essere il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale risalente al giorno successivo alla presentazione dell'offerta. Ne consegue che la eventuale verifica d'ufficio circa la veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara avrebbe avuto esito positivo, non essendo certo onere della Commissione monitorare la posizione delle ditte concorrenti, risultate non aggiudicatarie, nel prosieguo della gara. Mette conto ad ogni modo evidenziare che l'offerta dell'impresa Friulana Bitumi s.r.l., avendo presentato un ribasso pari 9,66 %, è stata esclusa a seguito dell'operazione matematica del cosiddetto taglio delle ali, a norma dell'art. 86 comma 1 del D.L.vo 163/2006, il quale prevede che *“Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico*

dei ribassi percentuali che superano la predetta media". Con riferimento a tale specifica fattispecie, la giurisprudenza ha avuto modo di ritenere che *"ove a gara conclusa la Commissione verifichi l'irregolarità della posizione di una impresa non sorteggiata né aggiudicataria, ma già esclusa per effetto del meccanismo di cui sopra (taglio delle ali, ndr), illegittimamente procede a determinare una nuova soglia di anomalia e quindi, in conseguenza di ciò, alla individuazione di una aggiudicataria della gara diversa da quella originariamente individuata"* (cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, n. 4358 dell'8 ottobre 2004). Tale opinione è condivisa dal Collegio in quanto conforme alla norma dell'art. 48 citato e alle evidenziate esigenze di speditezza e celerità della procedura di gara.

Il ricorso, a parere del Collegio, è comunque infondato nel merito.

La norma del Decreto Sviluppo invocata testualmente prevede quanto segue: *"L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*. L'intervento del legislatore ha comportato, ad evidenti fini di coordinamento, anche la modifica dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, che presenta la seguente testuale formulazione: *"a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in*

corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni". Orbene, sul punto ritiene il Collegio che esigenze di *favor participationis* e di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla *ratio* della nuova norma fallimentare, cospirano nel senso di ritenere che la sola documentata istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale consente di ammettere l'impresa alla gara pubblica. La lettura della norma auspicata in ricorso, che condiziona all'effettiva ammissione alla procedura concordataria la possibilità di partecipare alla selezione, oltre a sacrificare le suddette esigenze, condurrebbe alla illogica conseguenza di ricondurre l'effetto escludente al deposito della domanda di concordato e non anche al decreto di ammissione alla medesima procedura. Il ricorso va conclusivamente respinto.

La domanda risarcitoria non può che essere a sua volta disattesa, fondandosi sulla pretesa illegittimità degli atti impugnati.

Sussistono nondimeno giusti motivi, in considerazione della novità e peculiarità della questione sollevata, per la compensazione delle spese tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima),

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 52/2013, come in epigrafe proposto da CGS S.p.A., lo respinge, come da motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2013

IL SEGRETARIO

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