



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 Friuli Venezia Giulia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 202 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Unicredit Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Enrico Guglielmucci Avv. in Trieste, via S. Nicolo' 10;

***contro***

Comune di San Giovanni al Natisone, rappresentato e difeso dall'avv. Annamaria Iervolino, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

***nei confronti di***

Banca di Cividale Spa, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

Quanto al ricorso principale:

-della nota del Responsabile del Servizio Finanziario del Comune di S. Giovanni al Natisone, prot. n. 4722 dd. 14 marzo 2011, con la quale si comunica alla ricorrente l'esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di Tesoreria Comunale per il periodo 1/1/2011-31/12/2013;

-della determinazione del Responsabile del Settore Area Economico-Finanziaria del Comune di S.Giovanni al Natisone, n. 156 dd. 21 marzo 2011 di esclusione della ricorrente dalla procedura;

-della nota del Responsabile del Servizio Finanziario del Comune S.Giovanni al Natisone, prot. n. 6295 dd. 5 aprile 2011 con la quale, in riscontro all'informativa inviata da UniCredit spa ai sensi dell'art. 243-bis del D.lgs n. 163/2006, si conferma l'esclusione della ricorrente dalla procedura;

Quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 26.5.2011:

della determinazione del Responsabile del settore area economico-finanziaria n. 305 del 13 maggio 2011 di segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ed incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Giovanni al Natisone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott.

Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Oggetto del ricorso introduttivo è la decisione del Comune che, all'esito della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale per il periodo gennaio 2011 – 31 dicembre 2013, ha escluso la ricorrente – in cui favore era avvenuta l'aggiudicazione provvisoria – perché ritenuta non in possesso del requisito della regolarità tributaria di cui all'art. 38, comma 1 lett. g) del d.lgs 163/2006.

Questi i motivi di ricorso:

1) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. g) dlgs 163/2006. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Violazione dei principi della par condicio tra i concorrenti;

L'esclusione è stata ritenuta atto dovuto in quanto la regolarità contributiva doveva sussistere al momento della scadenza del termine di partecipazione alla gara ed essere mantenuta per tutto lo svolgimento della stessa fino all'aggiudicazione. Invece parte ricorrente precisa di aver presentato domanda di partecipazione alla gara con la denominazione di Uni Credit Banca spa - che era in

regola al momento del termine di scadenza della presentazione delle offerte - e che il soggetto subentrato, cioè Unicredit spa, ha regolarizzato la propria posizione contributiva e fiscale mentre la gara era ancora in corso; si sostiene quindi che la regolarizzazione di inadempienze contributive e fiscali – sopravvenute e non conoscibili al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara – dovrebbe ritenersi consentito.

2) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. g) dlgs 163/2006. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta; nell'assunto che i carichi pendenti definitivamente accertati sarebbero di importo irrisorio a fronte del capitale sociale della ricorrente e che, invece, l'esclusione si giustificerebbe solo quando la violazione incidesse in maniera rilevante sulla globale regolarità contributiva dell'impresa o ne pregiudicasse irreparabilmente la capacità di essere un concorrente affidabile.

Con i motivi aggiunti notificati in data 23.5.2011 la ricorrente ha poi impugnato anche la segnalazione dell'esclusione all'Autorità per la vigilanza sui contratti Pubblici e l'incameramento della cauzione provvisoria deducendo i seguenti motivi:

A) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 48 , dlgs 163/2006. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'allegato IIA del d.lgs 163/2006. Eccesso di potere

per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà intrinseca e estrinseca. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; si assume che il servizio di tesoreria, in quanto svolto gratuitamente, non costituisce appalto di servizi ma una concessione di servizi, per cui non si applicano le disposizioni del codice, salvo quelle espressamente previste, che non includono l'art. 48, che sarebbe quindi inapplicabile.

B) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione degli artt. 38. 1<sup>^</sup> c. lett. g) , dlgs 163/2006. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà intrinseca e estrinseca. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; nell'assunto che l'unica conseguenza normativa per la mancanza dei requisiti di ordine generale – come quello in materia di regolarità contributiva e fiscale – sarebbe l'esclusione dalla gara e che escussione della cauzione e comunicazione all'Autorità di Vigilanza sarebbero previste solo per la mancanza dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa. Inoltre si sottolinea che la dichiarazione circa la regolarità fiscale sarebbe stata resa in perfetta buona fede, come ammesso dallo stesso Comune, dato che il Gruppo Bancario UniCredit in data 1 novembre è stato oggetto di

uno straordinario procedimento di riorganizzazione con l'incorporazione di tutte le banche del gruppo e che la dichiarazione è stata resa il 30.11.2010 e quindi solo pochi giorni dopo tale operazione societaria, lasso di tempo insufficiente a garantire la circolazione all'interno della società di tutte le informazioni circa la situazione fiscale delle incorporate.

C) Viene infine dedotta, come terzo motivo aggiunto, l'illegittimità derivata da quella degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

D) Viene formulata domanda risarcitoria con richiesta di quantificazione in via equitativa.

Il Comune intimato si è costituito in giudizio per resistere al ricorso ed ha controdedotto eccependo altresì l'inammissibilità dei motivi aggiunti per il carattere non provvedi mentale della segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Il ricorso principale è infondato.

Alla gara ha partecipato Unicredit Banca spa, a cui è poi subentrata, in data 30.11.2010, Unicredit Spa, a seguito di fusione per incorporazione. Pertanto, essendosi verificata una pur ammissibile modifica soggettiva dell'offerente, è pacifico che l'amministrazione doveva provvedere all'accertamento del possesso dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara. (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 20 dicembre 2010 , n. 7600; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 06 dicembre 2010 , n. 2872; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03 novembre 2009 , n. 10719;), come effettivamente richiesto con la nota 21236

del 26.11.2010.

Unicredit spa ha provveduto con la dichiarazione sostitutiva 30.11.2010 ma la dichiarata inesistenza di carichi tributari a tale data è stata smentita a seguito dell'espletamento delle necessarie verifiche tramite il sistema informativo dell'anagrafe tributaria.

A fronte di ciò, indipendentemente dal fatto che Unicredit spa potesse o meno aver in buona fede ignorato le pendenze, che abbia immediatamente provveduto alla loro regolarizzazione e che queste fossero di lieve entità, l'esclusione dalla gara era comunque atto dovuto; infatti il requisito della regolarità contributiva e fiscale deve sussistere al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e permanere senza interruzioni fino alla sua conclusione. (Consiglio Stato , sez. IV, 12 marzo 2009 , n. 1458; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 marzo 2009 , n. 2279), senza contare che, nel caso di specie, era risultato mancante addirittura in coincidenza con il momento della effettuata dichiarazione di regolarità.

E' pertanto evidente l'infondatezza delle censure di ricorso.

Passando all'esame dei motivi aggiunti il Collegio rileva, anzitutto, che l'impugnazione concerne la sola decisione di segnalare all'Autorità di vigilanza l'esclusione dalla gara, di cui al punto 1 della determinazione del Responsabile del Settore Area Economico-Finanziaria del Comune di San Giovanni al Natisone n. 305 del 13 maggio 2011.

Riguardo a tale segnalazione il Collegio, pur consapevole del proprio difforme precedente orientamento, ritiene che melius re perpensa e come affermato anche dal più recente orientamento giurisprudenziale (ex multis : Cons. Stato, VI, 5 luglio 2010, n. 4243, T.A.R. Toscana, sez. I, 06 aprile 2011 , n. 606 , T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 18 marzo 2011 , n. 504), la segnalazione non costituisca atto immediatamente lesivo ed autonomamente impugnabile, trattandosi di atto meramente endoprocedimentale e prodromico all'eventuale provvedimento che l'Autorità di Vigilanza, al termine dello specifico procedimento in contraddittorio dalla stessa previsto e regolamentato, andasse ad adottare ai sensi dell'art. 6, comma 11 del d.lgs 163/2006. Tale futuro provvedimento lesivo non si rivela infatti come conseguenza inevitabile della mera segnalazione e costituisce esplicazione di un potere discrezionale e procedimentalizzato dell'Autorità di Vigilanza.

Ne deriva che l'impugnazione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse, non avendo tale comunicazione alcuna immediata lesività per la ricorrente, con conseguente inammissibilità dei motivi aggiunti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso e dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente a rifondere al Comune di San Giovanni al Natisone le spese e competenze di giudizio liquidate in complessivi € 2.500,00 + IVA e CPA.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

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