

**N. 00035/2009 REG.SEN.**

**N. 00087/2008 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 della Valle D'Aosta**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 87 del 2008, proposto da: Iseco S.p.A., in rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Borney, presso il cui studio, in Aosta, via Losanna, 10, ha eletto domicilio;

***contro***

Comunita' Montana Monte Cervino, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Hebert D'Herin, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

***nei confronti di***

Sicea S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Paparo, Fabrizio Pietrosanti e Sabrina Paparo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

***per l'annullamento***

in via principale:

- del provvedimento in data 31 novembre 2008 - 'rectius' 18 novembre 2008 – con cui il presidente della Commissione di gara comunicava via fax la non ammissione della società ricorrente alle fasi successive della gara

medesima, indetta per l'appalto della gestione degli impianti di depurazione principali e minori dei comuni appartenenti al comprensorio della Comunità Montana Monte Cervino;

- del provvedimento prot. 12991 del 19 novembre 2008, anticipato a mezzo fax, con il quale venivano comunicati i motivi dell'esclusione della società ricorrente, a seguito dell'esito negativo della verifica effettuata ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici;

- del provvedimento prot. 12964 del 18 novembre 2008 con il quale veniva negato alla società ricorrente l'accesso ad alcuni atti amministrativi;

- del provvedimento di ammissione della società SICEA alle fasi successive della gara, assunto in data non nota alla ricorrente;

e in via subordinata:

- del provvedimento - non conosciuto dalla ricorrente ed assunto in data non conosciuta - di nomina della commissione di gara;

- di tutti i verbali di riunione della commissione di gara non noti alla ricorrente ed assunti in data non nota;

- di ogni altro provvedimento comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana Monte Cervino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, ed il ricorso incidentale, di Sicea S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2009 il cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

1. - La società ricorrente – ISECO S.p.a - espone in fatto quanto segue:

- con bando di gara, spedito all'ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione europea il 4 agosto 2008, la Comunità Montana Monte Cervino indiceva una procedura aperta per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - del servizio di gestione degli impianti di depurazione principali e minori dei comuni appartenenti al comprensorio di tale Comunità, con durata dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, per l'importo presunto a base d'asta di €. 2.712.000,00, al lordo degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso d'asta;

- alla gara presentavano offerta la società ricorrente – attuale gestore del servizio oggetto di affidamento - e la società SICEA S.p.a.;

- in sede di apertura delle offerte emergeva che la busta A presentata da SICEA S.p.a. conteneva una comunicazione con cui questa società sosteneva che la ricorrente dovesse essere esclusa dalla gara per violazione dell'articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223;

- in data 3 novembre 2008 la società ricorrente presentava domanda di accesso per ottenere copia di tale comunicazione;

- in data 18 novembre 2008, con atto n. 12964, l'accesso veniva differito alla conclusione della procedura;

- lo stesso giorno 18 novembre 2008 - a seguito del deposito, da parte delle due imprese concorrenti, della documentazione richiesta dalla stazione appaltante al fine di comprovare, ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, il possesso dei requisiti autocertificati – il presidente della Commissione di gara comunicava via fax la non ammissione della società ricorrente alle fasi successive della gara, per i motivi comunicati il giorno successivo, con atto prot. 12991.

2. – Con il ricorso all'esame – notificato alla Comunità Montana Monte Cervino e a SICEA S.p.a. - la ricorrente impugna l'esclusione dalla gara, il rigetto della domanda di accesso e la mancata esclusione dell'impresa controinteressata per l'irritualità dell'offerta presentata.

In via subordinata sono impugnati anche il provvedimento - non conosciuto dalla ricorrente - di nomina della commissione di gara, nonché tutti i verbali di riunione della commissione medesima, pure non noti alla ricorrente.

2.a – Con i motivi di ricorso si lamenta - con riguardo al provvedimento di esclusione - illogicità manifesta, erroneità, difetto di istruttoria e violazione degli articoli 38, 46 e 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici); con riguardo al diniego di accesso si deduce invece violazione dell'articolo 13 del medesimo codice e degli articoli 10, 22 e 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

2.b - Con decreto presidenziale n. 47 del 26 novembre 2008 – in accoglimento dell'istanza di misure cautelari provvisorie – il provvedimento di esclusione è stato sospeso fino alla camera di consiglio fissata per il 10 dicembre 2008.

Con atto depositato in data 9 dicembre 2008 la società controinteressata, oltre a chiedere il rigetto del ricorso principale, ha proposto ricorso incidentale impugnando la mancata esclusione dalla gara della società ricorrente, per i motivi già indicati in sede di gara, nella comunicazione allegata all'offerta (ed oggetto della istanza di accesso respinta dall'Amministrazione).

Con atto depositato il 10 dicembre 2008 si è costituita in giudizio la Comunità Montana Monte Cervino, sostenendo l'infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale.

Alla camera di consiglio del 10 dicembre 2008 la decisione sull'istanza cautelare è stata rinviata al merito.

All'udienza del 18 febbraio 2009 – rinunciata l'istanza cautelare - la causa è stata ulteriormente discussa e trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. - Oggetto della controversia è l'esclusione della ricorrente - ISECO S.p.a - dalla gara indetta dalla Comunità Montana Monte Cervino per l'affidamento del servizio di gestione degli impianti di depurazione principali e minori dei comuni appartenenti al comprensorio della stazione appaltante.

2. – Va esaminato in via pregiudiziale il ricorso incidentale proposto da SICEA S.p.a. – unica altra impresa concorrente – con cui si sostiene che ISECO S.p.a avrebbe dovuto essere esclusa, prima ancora che per la mancata dimostrazione del possesso di alcuni requisiti, per violazione dell'articolo 13 del decreto-legge 4 luglio 2003, n. 223 (c.d. decreto Bersani).

SICEA S.p.a. rileva in particolare che – dalla lettura dello statuto di ISECO S.p.a., dall'elenco delle gare aggiudicate e, soprattutto, dalla Relazione sulla gestione del bilancio al 31 marzo 2008 – emergerebbe con evidenza che la sfera di operatività della società ricorrente in via principale rientra senz'altro nell'ambito del divieto stabilito dalla richiamata disposizione.

Divieto – sottolinea la società ricorrente - introdotto dal legislatore per l'attuazione del principio della 'par condicio' tra gli operatori economici pubblici e privati, e successivamente rafforzato sia dall'articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 (legge finanziaria per il 2008), sia dall'articolo 23 bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 ("Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria").

ISECO S.p.a – si sostiene – rientra senz'altro nell'ambito delle società <<costituite per soddisfare bisogni istituzionali dell'ente di appartenenza, con svolgimento di attività amministrativa (beni e servizi strumentali)>>, che in un secondo tempo estendono la propria attività anche nei settori imprenditoriali, <<avvantaggiandosi del beneficio economico conseguente alla possibilità di sfruttare un utile preesistente, sufficiente a mantenere l'assetto organizzativo ed aziendale in essere>>.

La capacità organizzativa di questa società sarebbe dunque conseguenza di un privilegio economico che <<consente di 'modulare sul territorio' . . . mezzi, risorse e personale, con loro distrazione dagli altri contratti pubblici in corso di esecuzione>>.

Si conclude quindi che ISECO S.p.a, <<in quanto società mista partecipata da società finanziaria regionale, ha un evidente vincolo funzionale rispetto all'azionista pubblico e non può indiscriminatamente partecipare agli appalti banditi da altri enti locali>>.

3. – Il motivo dedotto con il ricorso incidentale non è fondato.

3.a – Va subito escluso che il vincolo funzionale di ISECO S.p.a, rispetto all'azionista pubblico, sia reso “evidente” dal solo fatto che una parte del capitale sociale (20%) appartenga ad una società regionale.

Come questo Tribunale ha avuto occasione di affermare (sentenza n. 8 del 20 febbraio 2009) deve ritenersi superata la tesi secondo cui il divieto introdotto dall'articolo 13 del decreto legge n. 223 riguarda in via generale tutte le società costituite o comunque partecipate da una amministrazione regionale o locale.

Che il legislatore non intendesse riferire il divieto indistintamente a tutte le società costituite o comunque partecipate da un ente territoriale, si ricava, prima di tutto, dall'inciso contenente l'esplicita esclusione dei “servizi pubblici locali”.

Tale ritaglio – in quanto effettuato con riferimento al settore di operatività delle società considerate dalla disposizione – induce a ritenere che, ai fini dell'individuazione della categoria dei soggetti sottoposti al divieto, non può prescindersi dalla attività in concreto svolta dalle società costituite o partecipate da un ente regionale o locale.

Una conferma della correttezza di questa interpretazione va poi ravvisata nell'ultima parte della disposizione: in sede di conversione del decreto legge n. 223, la legge n. 248 del 2006 ha aggiunto un periodo al comma 1 dell'articolo 13, stabilendo che “le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti”.

Questa precisazione chiarisce proprio che il legislatore ha inteso circoscrivere la regola della “esclusività” a quelle sole ipotesi in cui il socio pubblico interviene, non già in veste di mero finanziatore di una iniziativa imprenditoriale, ma allo scopo di creare – o contribuire a creare – un soggetto preposto alla produzione di beni e servizi strumentali alla propria attività.

3.b - La ricorrente incidentale richiama in particolare la sentenza della Corte costituzionale 13 agosto 2008, n. 326 e i principi – affermati in

quella occasione – in ordine alla esclusività dell’oggetto delle società miste che svolgono attività di produzione di beni e servizi “strumentali”.

Sul punto il Collegio osserva che ciò che rileva ai fini della questione all’esame è l’affermazione con cui la Corte - dopo aver rilevato come l’art. 13 definisce “il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all’oggetto sociale di queste ultime” - sottolinea che tale disposizione si fonda “sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici. L’una e l’altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”.

Vengono in tal modo a delinearci – come questo Tribunale ha sottolineato con la sentenza n. 8/2009 - due diverse categorie di società a partecipazione pubblica.

La prima è quella delle società “strumentali” degli enti territoriali - ad oggetto sociale esclusivo perché costituite o partecipate da tali enti specificamente per lo svolgimento di una attività agli enti medesimi funzionale – delle quali le Amministrazioni potranno avvalersi “direttamente”, senza attivare alcuna procedura ad evidenza pubblica.

La seconda è la categoria delle società a partecipazione pubblica-privata - non aventi tale oggetto esclusivo - nelle quali il rapporto con la sfera pubblica non comporta alcun privilegio, con la conseguenza che non vi potrà essere affidamento pubblico in assenza di procedura concorsuale.

Le società del primo tipo - riconducibili a moduli organizzativi delle Amministrazioni territoriali – in quanto beneficiarie di affidamenti diretti godono di un mercato protetto; invece, nelle società del secondo tipo – riconducibili a moduli paritetici ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell’azionista di una società per azioni - la partecipazione pubblica non comporta alcun privilegio e quindi alcuna alterazione della concorrenza.

Deve ritenersi che solo alle società del primo tipo sia applicabile il divieto di operare con enti diversi da quelli di riferimento.

3.c - Va poi aggiunto che una interpretazione che ritenesse il solo fatto della partecipazione al capitale sociale da parte di un ente regionale o locale sufficiente per l'applicazione del divieto sancito dall'articolo 13, finirebbe per limitare la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali imponendo pesanti restrizioni a società che non godono di una situazione di privilegio e che operano in condizione di parità con gli altri soggetti del mercato, perché sottoposte al rischio di impresa: un tale risultato – oltre che irragionevole – si porrebbe in insanabile contrasto il principio di neutralità di cui all'articolo 295 del Trattato CE e con il principio di libertà di iniziativa economica garantito dall'articolo 41 della Costituzione.

Del resto, che la partecipazione pubblica non attribuisca di per sé un vantaggio competitivo è principio affermato con chiarezza dalla Corte di Giustizia (7 dicembre 2000, in causa C-94/99, Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft), del quale il giudice interno ha fatto applicazione (Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196) anche con riguardo alla norma in esame (TAR Umbria, 31 maggio 2007, n. 472; TAR Piemonte, Sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676).

3.d – Non v'è dubbio che – come si osserva nel ricorso incidentale, richiamando alcune decisioni del Consiglio di Stato (v. sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946) - l'intervento del legislatore è volto a salvaguardare la concorrenza, <<eliminando posizioni di privilegio innegabilmente riconoscibili alle società "pubbliche" a scapito degli operatori privati, allorché operino . . . quale ente "strumentale" dell'ente pubblico di riferimento, fruendo comunque dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con il detto ente pubblico>>.

E non v'è dubbio altresì che, come sottolinea la ricorrente incidentale, il principio introdotto esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti.

Va però rilevato che i confini applicativi della regola della “esclusività”, sancita dall'articolo 13 del decreto legge n. 223 del 2006, sono chiaramente delimitati dalla disposizione: il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (sia in affidamento diretto, sia con gara) riguarda infatti le sole società nelle quali l'intervento del soggetto pubblico

è finalizzato alla “produzione di beni e servizi strumentali all'attività” di tale soggetto e – come precisato dal legislatore in sede di conversione del decreto-legge - “in funzione della [sua] attività”.

Sul punto la giurisprudenza più recente ha avuto occasione di precisare che devono intendersi come “strumentali” tutti quei beni e servizi (con esclusione dei servizi pubblici locali) erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali; società costituite quindi per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività (TAR Lazio, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, confermata da Cons. St., Sez. IV, 5 marzo 2009, n. 946; nello stesso senso, TAR Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514; 14 aprile 2008, n. 3109; 14 maggio 2008, n. 4064; nello stesso senso anche parere Autor. Vigil. 31 luglio 2008, n. 213).

3.e – Nella specie va dunque accertato se ISECO S.p.a. possa essere definita modulo organizzativo della Regione o piuttosto impresa di diritto comune.

L'affermazione secondo cui questa società sarebbe stata costituita per soddisfare bisogni istituzionali dell'Ente di appartenenza non trova riscontro negli elementi forniti dalla ricorrente incidentale: SICEA S.p.a. si limita infatti a rilevare che ISECO S.p.a, <<in violazione dei limiti posti a promozione di un ambiente pro-competitivo, opera indistintamente con una pluralità di enti locali, con una pluralità di rapporti giuridici, ed altresì con soggetti privati>>, con la conseguenza che si consentirebbe all'impresa - <<con il meccanismo del ‘minimo garantito’ >> - di <<mantenere l'apparato aziendale articolato su più gestioni e attività>>. Ma queste affermazioni non sono sorrette da alcun principio di prova.

Con riguardo alla Relazione sulla gestione del bilancio, gli ampi stralci riportati nel ricorso incidentale evidenziano solo quanto l'aggiudicazione dell'appalto in questione sia “strategico” per ISECO S.p.a: da tali stralci non si desume invece che ISECO S.p.a sia società finalizzata alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività regionale, quindi alla

creazione di un modello organizzativo per gestire direttamente servizi di pertinenza dell'ente-socio.

Questi elementi nemmeno si desumono – come già rilevato con la richiamata sentenza di questo Tribunale n. 8/2009 - dallo statuto di ISECO S.p.a e neppure dalla legge regionale 16 marzo 2006, n. 7, istitutiva della società finanziaria (Finaosta S.p.a.) che detiene il 20% del capitale azionario della ricorrente.

Scopo della società ISECO S.p.a. – ai sensi dell'articolo 5 dello Statuto – è infatti lo svolgimento di attività imprenditoriali nel settore del siero del latte e nel settore dei servizi idrici integrati (in particolare, nell'elenco delle attività costituenti lo scopo sociale sono indicate: la gestione di centri di essiccamento del siero latteo; la gestione del sistema di trasporto e di raccolta del siero; la commercializzazione della polvere di siero essiccato e di prodotti intermedi; la valorizzazione delle esperienze acquisite nell'esercizio di tali attività; la realizzazione di produzioni alternative; la costruzione e la gestione di impianti per la depurazione di acque reflue e per la depurazione di acque primarie; il laboratorio di analisi e di processo per il trattamento di acque; la gestione del ciclo integrale delle acque; attività riguardanti; la costruzione di centrali idrauliche: la costruzione e gestione di impianti per il trattamento dei liquami urbani ed industriali, dei fanghi, dei rifiuti solidi e liquidi urbani; la costruzione e gestione di impianti industriali per l'ecologia).

Nello stesso articolo si precisa che la società “potrà compiere tutte le operazioni commerciali, industriali, mobiliari ed immobiliari, finanziarie ... che saranno ritenute necessarie ed utili per il conseguimento dello scopo sociale”.

Nello statuto non vi è traccia di disposizioni da cui possa ricavarsi che la società non sia destinata ad operare nel mercato in concorrenza con le altre imprese.

Oggetto sociale di Finaosta S.p.a. – come sancito dall'articolo 3 della legge regionale istitutiva – è la finalità di “concorrere, nel quadro di una politica di programmazione regionale, a promuovere e a compiere tutte quelle attività o a porre in essere tutti quegli interventi che, direttamente o indirettamente, favoriscano lo sviluppo socio-economico del territorio regionale, in armonia con le direttive della Regione”.

Scopo della società finanziaria è dunque quello di consentire la partecipazione della Regione Valle d'Aosta ad attività imprenditoriali le più diverse, nei settori dell'economia ritenuti maggiormente strategici.

In relazione a tale amplissima finalità – e tenuto conto dell'oggetto sociale di ISECO S.p.a. – deve escludersi che la partecipazione di Finaosta S.p.a. sia “strumentale” all'attività della Regione nel senso richiesto dall'articolo 13 del decreto legge n. 223: nel caso in esame, infatti, non vi sono elementi per ritenere che l'intervento del soggetto pubblico sia finalizzato alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività regionale, quindi alla creazione di un modello organizzativo per gestire direttamente servizi di pertinenza dell'ente-socio (TAR Lazio, Sez. II, n. 5192/2007 cit.).

Va d'altra parte aggiunto che dalla documentazione depositata dalla ricorrente incidentale nemmeno si ricava che ISECO S.p.a. sia stata destinataria di affidamenti diretti da parte della Regione.

Sicché nella specie non è ravvisabile quel presupposto – la creazione di un mercato protetto – che giustifica l'applicazione del divieto introdotto dal legislatore, come si legge nell'“incipit” dell'articolo 13, appunto allo scopo di evitare alterazioni della concorrenza e del mercato e con la finalità di assicurare parità tra gli operatori economici.

3.f - Va poi rilevata l'inconferenza del richiamo all'articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008): questa disposizione - se è vero che introduce il nuovo limite della “necessarietà” della attività rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti partecipanti - riconosce però che “è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale [quali certamente sono i servizi elencati nell'oggetto sociale di ISECO S.p.a.] e l'assunzione di partecipazione in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”.

3.g - Altrettanto vale con riguardo al richiamo all'articolo 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008 che detta la nuova disciplina dei “servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

Deve infatti escludersi che l'attività svolta dalla ricorrente principale abbia natura di servizio pubblico locale: una tale qualificazione presuppone una scelta politico-amministrativa da parte di un ente locale circa l'assunzione

di quella attività al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività (Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369), scelta che non è ravvisabile nel caso in esame con riguardo ad alcuna delle attività indicate nell'oggetto sociale di ISECO S.p.a.

3.h – E' inconferente, da ultimo, anche il richiamo all'obbligo per le società miste – che nella specie sarebbe stato violato - di scegliere il socio operativo con procedura ad evidenza pubblica: si tratta infatti di profilo che attiene al rapporto interno tra socio pubblico e socio privato e alle modalità di costituzione della società mista. Non attiene invece al diverso profilo – il limite funzionale - considerato dall'articolo 13.

3.i – Il ricorso incidentale va pertanto respinto.

4. – Merita invece accoglimento il ricorso principale.

4.a - Il disciplinare di gara, all'art. 5, stabiliva che - ai fini dell'ammissione alla gara - il concorrente avrebbe dovuto dimostrare - <<a pena di esclusione>> - il possesso di una serie di requisiti, tra cui in particolare di <<essere iscritto al registro della C.C.I.A.A. per attività inerenti il servizio oggetto della presente gara (o, per le imprese residenti in altro Stato dell'Unione Europea, titolo equipollente)>> (comma 2, lett. b), nonché di <<disporre di idonee dotazioni ed attrezzature tecniche e gestionali >> (comma 2, lett. g).

4.b - La società ricorrente sostiene che l'Amministrazione – dai documenti nella sua disponibilità – avrebbe dovuto desumere il possesso da parte di ISECO S.p.a dei due requisiti in questione.

Si sostiene in particolare che il certificato di regolare esecuzione del servizio rilasciato all'attuale gestore – appunto la società ricorrente - dimostra il possesso di entrambi i requisiti: l'iscrizione al registro della C.C.I.A.A. per attività inerenti il servizio oggetto della gara all'esame, ed anche la disponibilità di idonee dotazioni ed attrezzature tecniche e gestionali.

In ogni caso – afferma la società ricorrente – ove anche i documenti prodotti non fossero stati ritenuti idonei a fornire la prova del possesso dei due requisiti, l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare la procedura di cui all'articolo 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice

dei contratti pubblici), o comunque indicare le ragioni che nella specie non consentivano il ricorso a tale forma di collaborazione.

4.c – Sotto questo profilo la censura è da ritenersi fondata.

E' senza dubbio vero che – in via generale – il c.d. dovere di soccorso della stazione appaltante, nei confronti delle offerte non conformi alla *lex specialis* della gara, non può essere esercitato quando vale ad integrare documenti che in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione (cfr. ex plurimis Cons. giust. amm., 27 dicembre 2006, n. 802; Cons. St. sez. IV, 6 settembre 2005, n. 4560; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425).

La giurisprudenza ha infatti sostenuto che il potere di regolarizzare la documentazione esibita dai concorrenti può riguardare solamente documenti già presentati, ma non dichiarazioni o documentazioni omesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3280 del 2006): sul punto si è osservato come l'esercizio in concreto del potere di regolarizzazione non può determinare una alterazione della 'par condicio' delle imprese, attraverso una modifica dell'offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005; 10 maggio 2007, n. 2254).

Nella specie tuttavia non si può prescindere dalla particolare situazione evidenziata con la censura, strettamente conseguente alla circostanza che la società ricorrente è l'attuale gestore del servizio oggetto di affidamento.

In effetti, il certificato di regolare esecuzione del servizio – proprio in quanto riguarda la gestione dei medesimi impianti di depurazione cui si riferisce il bando di gara - deve ritenersi sufficiente a dimostrare non solo l'iscrizione della ricorrente alla C.C.I.A.A., ma anche il possesso, da parte della stessa ricorrente, di mezzi, attrezzature e personale adeguati alla gestione del servizio in questione.

4.d – Va poi considerato un ulteriore elemento in fatto: gli atti di gara non indicavano in modo puntuale i documenti che la stazione appaltante avrebbe ritenuto idonei a comprovare il possesso dei requisiti.

Ed invero, né il bando, né la lettera di invito, contenevano alcuna specifica indicazione dei documenti necessari per comprovare tali requisiti.

L'art. 5 del disciplinare stabiliva infatti che "Ai fini dell'ammissione a partecipare alla gara, il concorrente dovrà dimostrare, a pena di esclusione, di possedere i seguenti requisiti:

...

- b) essere iscritto al registro della C.C.I.A.A. per attività inerenti il servizio oggetto della presente gara (o, per le imprese residenti in altro Stato dell'Unione Europea, titolo equipollente);

...

- g) disporre di idonee dotazioni ed attrezzature tecniche e gestionali;

...>>.

Non v'è dubbio che il certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. della società ricorrente – perché aggiudicataria del precedente appalto - era senza dubbio nella disponibilità dell'Amministrazione.

Così come altrettanto pacifica è la circostanza che – essendo stato rilasciato il certificato di regolare esecuzione del servizio oggetto dell'affidamento all'esame – l'Amministrazione aveva già espresso una valutazione positiva in ordine alla adeguatezza, rispetto alle esigenze della gestione di tale servizio, dei mezzi, delle attrezzature e del personale nella disponibilità della società ricorrente.

Ritiene il Collegio che – proprio in relazione ai profili di fatto evidenziati – la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare la procedura di regolarizzazione, al fine di consentire alla società ricorrente di "fornire chiarimenti" (circa la mancata produzione documentale con riguardo ai due requisiti), ed eventualmente integrazioni, come previsto dall'articolo 46 del codice dei contratti pubblici.

Né può ritenersi che una tale regolarizzazione – attraverso i chiarimenti o le integrazioni - avrebbe determinato una alterazione della 'par condicio': i chiarimenti sul punto, così come le eventuali integrazioni, non avrebbero infatti comportato alcuna modifica dell'offerta con riguardo ad elementi o a formalità essenziali della stessa.

4.e – Il provvedimento prot. 12991 del 19 novembre 2008 - con cui la Comunità Montana dispone l'esclusione della società ricorrente – è dunque illegittimo per violazione del richiamato articolo 46.

5. - E' invece improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, la domanda con cui si chiede l'annullamento del diniego di accesso al documento allegato da SICEA S.p.a. alla propria offerta, ritenuto dalla ricorrente motivo di esclusione della società controinteressata.

6. – E' da ultimo infondata la domanda con cui ISECO S.p.a chiede – proprio per effetto di tale irrituale presentazione dell'offerta – l'annullamento del provvedimento di ammissione della società controinteressata: la domanda si fonda sull'articolo 14 del disciplinare ai sensi del quale - in sede di esame del contenuto dei documenti delle buste 'A' – la Commissione non ammette alle fasi successive della gara l'offerente che abbia presentato <<documentazione non conforme>>.

Come osserva l'Amministrazione resistente, ad escludere la fondatezza della censura basta il rilievo che la “non conformità” - causa di esclusione della gara - investe l'eventuale discordanza tra le prescrizioni del disciplinare concernenti i documenti da produrre nelle buste 'A', 'B' e 'C', rispetto ai documenti effettivamente prodotti e non anche l'eventuale esibizione (come nella specie è avvenuto) di documentazione ultronea.

In questo senso depone del resto anche l'articolo 7 del disciplinare che commina l'esclusione dalla gara dei concorrenti “che abbiano omesso di presentare i documenti richiesti o che abbiano presentato documenti non conformi alle previsioni di legge ed alla documentazione di gara”.

7. – Il ricorso principale va dunque accolto nella parte in cui impugna il provvedimento di esclusione dalla gara.

Le spese e le competenze di lite sono interamente compensate tra le parti, in considerazione della parziale soccombenza e tenuto conto che la non completa produzione documentale in sede di presentazione dell'offerta, per quanto suscettibile di chiarimenti ed integrazione, ha comunque contribuito a dare causa al ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta:

- respinge il ricorso incidentale;

- accoglie il ricorso principale nella parte in cui impugna il provvedimento di esclusione dalla gara, comunicato alla ricorrente con nota prot. 12991 del 19 novembre 2008;

Compensa interamente tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

Alessio Liberati, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2009

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

IL SEGRETARIO