



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 703 del 2012, proposto da:

Cooperativa Colline Metallifere, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Limberti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, viale Galileo Galilei 32;

contro

Provincia di Grosseto, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefania Sorrenti e Chiara Canuti, con domicilio eletto presso l'avv. Elena Possenti dell'Avvocatura provinciale di Firenze, via de' Ginori 10;

nei confronti di

Cooperativa Sistema Museo, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con A.Ma.Tur. S.r.l.;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento del 2.04.2012, con il quale la Provincia di Grosseto ha disposto l'esclusione della società Cooperative Colline Metallifere dalla procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento dei servizi di "gestione della redazione provinciale sull'informazione turistica e di un ufficio per l'informazione e l'accoglienza turistica", nonché:

- della nota dell'Amministrazione Provinciale di Grosseto del 21.03.2012, prot. n. 45468;
 - della nota dell'Amministrazione Provinciale di Grosseto del 23.03.2012, prot. 47734;
 - del verbale in seduta pubblica del 2.04.2012;
 - dell'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva disposta in favore della costituenda A.T.I. tra la società cooperativa Sistema Museo e la società A.MA.TUR. S.r.l.;
 - del silenzio-rigetto formatosi sull'informativa ex art. 243-bis D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii.;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè incognito alla ricorrente;
- e per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia, nullità e/o di annullamento del contratto eventualmente nel frattempo sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Grosseto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 2 maggio 2012 e depositato il 17 maggio successivo, la Cooperativa colline Metallifere – premesso di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Provincia di Grosseto, con lettera d'invito del 29 febbraio 2012, per l'affidamento del servizio di gestione della redazione provinciale sull'informazione turistica e di un ufficio per l'informazione e l'accoglienza turistica – proponeva impugnazione avverso il provvedimento del 2 aprile 2012, in epigrafe, mediante il quale la stazione appaltante l'aveva esclusa dalla procedura predetta, nonché avverso gli atti presupposti e consequenziali, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione disposta in favore dell'altra partecipante alla gara, la Cooperativa sistema Museo in associazione con la A.MA.TUR. S.r.l.. Affidate le proprie doglianze a due motivi in diritto, la ricorrente concludeva per l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati, previa sospensione dell'efficacia.

Costituitasi in giudizio la sola amministrazione procedente, che resisteva al gravame, con ordinanza del 30 maggio 2012 il collegio accordava la misura cautelare richiesta.

Nel merito, la controversia veniva discussa nella pubblica udienza dell'11 luglio 2012, preceduta dal deposito di memorie difensive e repliche, e decisa come da dispositivo depositato il giorno seguente.

DIRITTO

La Cooperativa Colline Metallifere impugna in via principale la sua esclusione dalla procedura di cottimo fiduciario indetta dalla Provincia di Grosseto per l'affidamento, della durata di nove mesi, del servizio di gestione della redazione provinciale sull'informazione turistica e di un ufficio per l'informazione e l'accoglienza turistica. L'esclusione, deliberata dalla commissione giudicatrice nella seduta del 2 aprile 2012, si fonda sulla ritenuta carenza, in capo all'odierna ricorrente, dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dalla lettera di invito e consistenti nell'attestazione di un fatturato complessivo, per servizi analoghi, pari ad almeno 195.000,00 euro nel triennio 2009 – 2011. In particolare – come risulta dal verbale in atti – la commissione, dopo aver sospeso due volte la seduta per effettuare verifiche d'ufficio, da un lato ha giudicato non potersi computare ai fini del requisito in questione il fatturato inerente alcuni servizi prestati dalla Cooperativa Colline Metallifere in associazione temporanea con altre imprese, stante la mancata indicazione delle relative percentuali di riparto; e, dall'altro, ha calcolato nella misura minima del 40% la partecipazione della Cooperativa all'A.T.I. aggiudicataria della precedente gara indetta dalla stessa Provincia per la gestione dei centri di accoglienza del "Parco tematico degli Etruschi", così giungendo a quantificare il fatturato realizzato dalla ricorrente, nel triennio di riferimento, in complessivi euro 170.550,84, ben al di sotto della soglia di ammissione fissata dalla *lex specialis*.

Con il primo motivo di ricorso, è dedotta l'illegittimità del termine per la presentazione dei documenti attestanti il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, assegnato alla Cooperativa Colline Metallifere in sede di controllo preventivo ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006. La ricorrente lamenta la violazione del termine legale minimo di dieci giorni, perentorio e non riducibile a discrezione della stazione appaltante.

La censura è infondata, dovendosi condividere i rilievi svolti dall'amministrazione resistente in ordine al fatto che, della sottoposizione al controllo, la ricorrente fosse stata resa edotta sin dal 20 marzo 2012, in occasione della

seduta della commissione di gara dedicata alla verifica dell'integrità e contenuto dei plichi contenenti le offerte, e all'apertura delle buste "A" contenenti la documentazione amministrativa. La successiva nota del 21 marzo 2012, a firma del responsabile del procedimento, ha dunque valore di mera conferma della deliberazione già adottata e comunicata al legale rappresentante della Cooperativa Colline Metallifere, al pari dell'ulteriore nota del 23 marzo, che, nell'indicare la data ultima del 30 marzo per la consegna della documentazione attestante il possesso dei requisiti, altro non fa che esplicitare il termine di dieci giorni già conosciuto dalla ricorrente e comunque conoscibile mediante l'ordinaria diligenza, in virtù dell'espresso richiamo al primo comma dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 formulato dalla commissione nella menzionata seduta del 20 marzo.

Con il secondo motivo, la ricorrente afferma che la Provincia di Grosseto avrebbe errato nel ritenere non integralmente computabili, ai fini del possesso dei requisiti economico-finanziari, i servizi pregressi da essa prestati in veste di capogruppo di A.T.I. in favore della Provincia medesima e del Comune di Monterotondo Marittimo. Quanto ai primi, la ricorrente – la quale rivendica di aver realizzato in proprio un fatturato di euro 45.630,28 oltre I.V.A. – sostiene che la quota del 40%, individuata dalla commissione di gara in corrispondenza con le quote di partecipazione stabilite nell'atto costitutivo dell'A.T.I. aggiudicataria, non terrebbe conto dell'intero importo contrattuale, né dei tempi di esecuzione del contratto e, conseguentemente, di fatturazione da parte delle singole imprese associate; quanto ai secondi, la ricorrente assume di averli eseguiti nella misura del 90%, come da atto costitutivo dell'associazione: se, peraltro, la commissione avesse fatto corretta applicazione dei poteri di soccorso istruttorio disciplinati dall'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006, nell'uno e nell'altro caso le "criticità" rilevate circa la completezza delle dichiarazioni allegare all'offerta avrebbero potuto essere agevolmente dipanate mediante una semplice richiesta di integrazione documentale.

Il motivo è fondato.

Nel verbale del 2 aprile 2012, si dà atto di una duplice sospensione della seduta della commissione giudicatrice, volta ad acquisire l'eventuale documentazione già agli atti della Provincia, nonché ad esperire le verifiche occorrenti per ricostruire la misura della partecipazione della Cooperativa Colline Metallifere all'A.T.I. che, nel 2008 – 2009, aveva prestato in favore della Provincia medesima il servizio di gestione dei centri di accoglienza del "Parco tematico degli Etruschi", indicato dalla Cooperativa fra quelli rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ammissione alla gara per cui è causa. La commissione, la quale risulta aver certamente preso in esame l'atto costitutivo di quell'A.T.I. e delle quote di partecipazione minime ivi stabilite, non ha invece attribuito alcun rilievo – ammesso che li abbia considerati, il che dal verbale non emerge – agli importi delle fatture emesse dalla Cooperativa Colline Metallifere nell'anno 2009 ed ammontanti ad euro 58.375,00, I.V.A. esclusa (come da dichiarazione rilasciata in gara dalla Cooperativa), preferendo applicare la percentuale del 40%, ricavata dall'atto costitutivo dell'A.T.I., all'importo di euro 60.000,00 I.V.A. inclusa, corrispondente alla quota dell'importo complessivo del servizio proporzionalmente riferibile all'anno 2009 (si trattava di appalto del valore complessivo di euro 100.000,00, I.V.A. inclusa, della durata di venti mesi, eseguito dal 1 maggio 2008 al 31 dicembre 2009).

Il risultato così ottenuto, pari ad euro 20.000,00 di fatturato al netto dell'I.V.A. utilmente computabile ai fini di gara, è tuttavia viziato giacché, in primo luogo, esso deriva da un calcolo proporzionale astratto, che trascura il dato concreto della fatturazione emessa dalla Cooperativa nel corso del 2009, e questo in aperto contrasto con il punto 6.3) della lettera di invito che, appunto, si riferisce al "fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari". Per altro verso, l'aver riconosciuto alla Cooperativa una percentuale di fatturato corrispondente alla quota minima di partecipazione risultante dall'atto costitutivo dell'A.T.I. equivale a escludere dal calcolo ben il 40% dell'importo contrattuale che, in mancanza di altri elementi, avrebbe potuto e dovuto essere a sua volta attribuito quantomeno facendo uso presuntivo delle medesime quote minime di partecipazione: si consideri, infatti, che le quote minime di

partecipazione delle altre due imprese appartenenti all'A.T.I. ammontano al 10% per ciascuna, di modo che la somma delle partecipazioni minime copre solo il 60% dell'importo contrattuale. Sulla scorta di tali osservazioni, già gli atti di cui la commissione disponeva conducono a riconoscere alla ricorrente, relativamente al contratto per la gestione del "Parco tematico degli Etruschi", un fatturato utile pari ad almeno euro 32.690,00, di per sé non sufficiente, invero, a colmare il divario rispetto alla soglia di ammissione, ma immediatamente indicativo dell'approssimazione delle verifiche eseguite dalla stazione appaltante (tale risultato si ottiene sommando ad euro 23.350,00, corrispondenti al 40% di euro 58.375,00 fatturati dalla ricorrente per il 2009 al netto dell'I.V.A., l'ulteriore importo di euro 9.340,00, dato dall'applicazione della medesima percentuale minima di partecipazione della ricorrente all'A.T.I. sul 40% dello stesso importo di euro 58.375,00, quota che, diversamente, resterebbe non attribuita ad alcuna delle imprese partecipanti all'associazione).

La più vistosa – e, stavolta, decisiva – violazione delle regole di legittimità consiste peraltro, da parte della commissione, nel non aver attivato il c.d. potere di soccorso istruttorio, di cui all'art. 46 co. 1 D.Lgs. n. 163/2006, nella forma della richiesta di chiarimenti circa il contenuto della dichiarazione e dei documenti presentati, con specifico riferimento all'indicazione degli elementi dai quali desumere con ragionevole certezza la misura della partecipazione all'A.T.I. In presenza di una documentazione idonea a fornire un principio di prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, qual era quella prodotta dalla ricorrente e comunque acquisita agli atti della procedura, trova infatti applicazione il principio invalso in giurisprudenza, secondo cui l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla gara, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo tale attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi* ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965, e i precedenti ivi citati).

La fondatezza della censura è avallata, sotto il profilo della prova di resistenza, dall'attestazione prodotta dalla ricorrente *sub* 14), che, con il valore indiziario dello scritto proveniente dal terzo, attesta la riferibilità alla Cooperativa Colline Metallifere, per l'anno 2009, di un fatturato pari ad euro 54.756,33 relativamente al contratto per la gestione dei centri di accoglienza del "Parco degli Etruschi". Ma l'acclarata violazione di legge presenta conseguenze addirittura macroscopiche se si ha riguardo al servizio prestato dalla ricorrente, in A.T.I., in favore del Comune di Monterotondo Marittimo, il cui fatturato è stato integralmente scomputato dalla commissione, pur in assenza di qualsivoglia approfondimento istruttorio; mentre sarebbe stato sufficiente chiedere chiarimenti all'interessata per accertare la riferibilità alla Cooperativa di importi per almeno euro 26.082,90, corrispondenti alla quota di partecipazione del 90% stabilita nell'atto costitutivo di quell'associazione e di per sé soli idonei a garantire il possesso del requisito.

In forza delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto. Per inciso, gli effetti dell'accoglimento paventati dalla Provincia di Grosseto (integrale riedizione della gara, giunta all'apertura e valutazione dell'offerta dell'unica partecipante superstite) appaiono scongiurati alla luce della recente sentenza 26 luglio 2012, n. 30 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, nel dirimere i contrasti in materia, ha statuito che, in sede di esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo che abbia annullato il provvedimento di esclusione di una impresa e la conseguente aggiudicazione ad altra impresa di una gara basata sul criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara, senza modifiche della sua composizione, può legittimamente valutare l'offerta della impresa in precedenza esclusa, ciò non implicando violazione della *par condicio*.

La Provincia di Grosseto ha chiesto la cancellazione, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., di alcune espressioni contenute nella memoria di replica depositata dalla Cooperativa ricorrente il 29 giugno 2012, e il connesso risarcimento dei

danni. La domanda non può essere accolta, posto che le espressioni in questione non appaiono il frutto di un gratuito intento dispregiativo, ma sono volte a evidenziare – sia pure con una certa enfasi polemica – l'infondatezza della tesi difensiva formulata dalla Provincia a confutazione del primo motivo di ricorso (tesi difensiva che, lo si è visto, il collegio ha invece ritenuto fondata) e la sussistenza dei vizi dedotti con il secondo motivo, senza trasmodare in insulto alla controparte. Del resto, è ben possibile che, nell'esercizio del diritto di difesa il giudizio sulla condotta reciproca possa investire anche il profilo della moralità e tradursi nell'utilizzo di terminologie e locuzioni non gradevoli, purché, dal complessivo esame dell'atto in cui questi sono contenuti, possa escludersi l'esistenza di una volontà offensiva (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6748; Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26195).

Le spese di lite seguono la soccombenza della Provincia di Grosseto, e sono liquidate come in dispositivo. Nei rapporti fra la ricorrente e le controinteressate, le quali non hanno svolto attività difensiva, sussistono giusti motivi di compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti e provvedimenti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

Spese compensate nei rapporti fra la ricorrente e le contro interessate.

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

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

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2012

IL SEGRETARIO

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