



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 770 del 2010, proposto da:
Gial Plast S.r.l. e Axa S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Mario
Gorlani, Luigi Quinto e Pietro Quinto, con domicilio eletto presso
Mario Gorlani in Brescia, via Romanino, 16;

contro

Comunita' Montana di Valle Sabbia, rappresentata e difesa dall'avv.
Adriana Vassalini, con domicilio eletto presso Adriana Vassalini in
Brescia, c.so Magenta 49;

nei confronti di

Aprica Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Salvatori e
Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso Vito Salvatori in
Brescia, via XX Settembre, 8;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione del R.T.I. ricorrente prot. n. 6338 del 15 giugno 2010 ;
- di ogni provvedimento presupposto e/o consequenziale e in particolare della determina n. 31 adottata dal Servizio Territorio/settore Servizi sovracomunali della Comunità Montana di Valle Sabbia in data 28 giugno 2010, con cui sono stati approvati i verbali di gara e si è proceduto all'aggiudicazione definitiva e di tutti i verbali di gara;
nonché
per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comunita' Montana di Valle Sabbia e di Aprica S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto di Aprica S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Comunità Montana di Valle Sabbia ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei

rifiuti urbani per un importo complessivo pari, per il periodo 1 giugno 2010 – 31 maggio 2017, a 39.988.896, 25 Euro, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per la partecipazione alla gara erano richiesti i seguenti requisiti: capacità tecnica comprovata da cifra d'affari degli ultimi tre esercizi finanziari (2006-2008) relativa a servizi analoghi almeno pari a 17.000.000 e certificati attestanti lo svolgimento del servizio di spazzamento e raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti in modo continuativo ed ottimale nel quinquennio 2005/2009 in uno o più comuni per una popolazione complessiva residente al 31.12.2009 di 74.000 abitanti.

In sede di verifica della documentazione presentata dalle partecipanti alla gara in allegato alle offerte, quella della A.T.I. Gial Plast s.r.l. - AXA s.r.l. è stata esclusa, in prima battuta, per carenza del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, avendo ritenuto, la stazione appaltante, che per tale requisito non si potesse fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

A seguito di richiesta di revoca del provvedimento di esclusione da parte della A.T.I. Gial Plast s.r.l. - AXA s.r.l., la stazione appaltante, re melius perpensa, ha riammesso la concorrente, ma ha chiesto a tutte le partecipanti alla gara di produrre, entro 10 giorni la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati.

A seguito della produzione della suddetta documentazione, al

costituendo raggruppamento temporaneo tra Gial Plast s.r.l. e AXA s.r.l. sono stati richiesti, con nota n. 5900 del 4 giugno 2010, chiarimenti in ordine all'espressione "servizi assimilati", alla mancanza di corrispondenza tra l'importo totale dei servizi il cui svolgimento risulta attestato dalle certificazioni prodotte e quello dichiarato nel Modello unico di domanda (la ricorrente ha dichiarato, infatti, di aver effettuato servizi per 13.976.159,85 (pari all'80 % dei 17.000.000 richiesti, che deve essere posseduto dalla mandataria), ma ha prodotto, in prima battuta, attestazioni per 12.694.913 Euro), nonché all'intervenuta cessione di ramo d'azienda tra Aspica srl e Axa srl.

Ne è derivata la produzione di ulteriori certificati attestanti l'avvenuto svolgimento di servizi analoghi (nonché di idonee giustificazioni in ordine agli altri profili evidenziati), ma il raggruppamento in questione è stato escluso dalla gara, avendo la Commissione ritenuto che i documenti allegati alla nota di riscontro alla richiesta di chiarimenti fosse un'inammissibile integrazione documentale e non una mera regolarizzazione. Le ulteriori attestazioni, avrebbero, in ossequio al principio della par condicio, dovuto essere prodotte nel corso del procedimento di verifica ex art. 48.

La ricorrente si duole, quindi, con il ricorso in esame, dell'illegittimità dell'esclusione, deducendo, a tal fine:

1. eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto,

violazione del bando e del disciplinare di gara, nonché degli artt. 46 e 48 del d. lgs. 163/06, del principio generale del favor participationis e dell'art. 6 della legge n. 241/90. In prima battuta parte ricorrente non ha prodotto copia di tutti i contratti relativi ai servizi svolti, ritenendo che la richiesta di produzione della documentazione si riferisse solo alla dimostrazione della capacità a contrarre con la stazione appaltante. Solo a seguito della richiesta del 4 giugno 2010, definita di chiarimenti, sarebbe risultato chiaro che la Commissione intendeva verificare anche il requisito speciale di capacità tecnica relativo al fatturato specifico globale non completamente dimostrato. Per tale ragione sono stati tardivamente prodotti i certificati atti a dimostrare l'avvenuta prestazione di ulteriori servizi, peraltro già dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara. Non si tratterebbe, quindi, di un'inammissibile integrazione della documentazione, ma di chiarimenti forniti, peraltro su richiesta della stessa Amministrazione;

2. illegittimità derivata di tutti gli atti successivi.

In via subordinata, laddove non fosse possibile ottenere l'aggiudicazione del servizio, la ricorrente formula altresì domanda risarcitoria

Si è costituita in giudizio la Comunità Montana di Valle Sabbia, eccependo l'infondatezza del ricorso, avendo la Commissione legittimamente ritenuto di chiedere la dimostrazione del possesso dei requisiti a tutti i partecipanti alla gara ed interpretato come

perentorio il termine fissato dall'art. 48 del d. lgs. 163/06, qualificando come "integrazione" della documentazione la tardiva produzione dei documenti comprovanti l'avvenuto svolgimento di servizi per un importo superiore a quello richiesto dalla lex specialis. Analogamente anche la controinteressata ha rappresentato le ragioni per cui il ricorso dovrebbe essere respinto, provvedendo altresì a notificare anche un ricorso incidentale in cui ha dedotto l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta della ricorrente, in quanto la stessa si sarebbe avvalsa dell'avvalimento da parte di una società partecipante al medesimo raggruppamento, in violazione dell'art. 49 del d. lgs. 163/06 che vieterebbe tout court la partecipazione alla gara di un'impresa chiamata all'avvalimento. In ogni caso le dichiarazioni prodotte sarebbero insufficienti a garantire una piena responsabilità nei confronti della stazione appaltante, in particolare perché non vi è una espressa delimitazione della responsabilità dell'ausiliaria e non è stato indicato l'istituto di credito disposto ad aprire una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni contrattuali derivanti dall'avvalimento.

L'A.T.I. ricorrente avrebbe, altresì, sempre secondo il ricorso incidentale, presentato un'irregolare cauzione provvisoria, in quanto mancherebbe la rinuncia alla preventiva escussione e l'operatività a semplice richiesta scritta, si fa riferimento all'art. 30 della legge n. 109/94 e non anche all'art. 256 del d. lgs. 163/06. La garanzia, inoltre, coprirebbe la mancata stipulazione del contratto, ma non

anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Rispetto a tale ricorso incidentale, il raggruppamento ricorrente ha eccepito l'inammissibilità dello stesso, a causa della sua notifica nel domicilio eletto delle ricorrenti principali e non anche presso il loro procuratore costituito e ne ha sostenuto l'infondatezza.

A tale memoria ha replicato la controinteressata, sollevando l'eccezione, rilevabile anche d'ufficio, dell'inammissibilità del ricorso, perché proposto dalle persone fisiche che rappresentano le imprese indicate come ricorrenti, ma senza specificare il loro agire in rappresentanza delle società e quindi nel loro personale interesse e non in quello delle società. Essa ha altresì insistito per l'ammissibilità e l'accoglimento del ricorso incidentale, specificando a tale fine la ratio che, secondo la ricorrente incidentale, si dovrebbe ritenere sottostare all'art. 49 del d. lgs. 163/06.

Anche la Comunità montana ha depositato la propria replica, ai fini di evidenziare la bontà del proprio operato, laddove la stessa ha ritenuto che i documenti prodotti a seguito della richiesta integrazione non fossero chiarimenti, ma nuovi documenti, in quanto tali prodotti fuori termine.

Alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale, il quale deve essere ritenuto ammissibile in ragione di quanto disposto

dall'art. 44 del c.p.a., il cui comma 3 prevede espressamente che “la costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso”.

Nel caso di specie è innegabile la costituzione del raggruppamento ricorrente principale, attesa la produzione, da parte del medesimo, di una memoria difensiva che esplicitamente si riferisce alle contestazioni contenute nel ricorso incidentale stesso.

2. Ciò precisato, tale ricorso incidentale è infondato, in quanto la ratio dell'art. 49 risulta essere diversa da quella individuata dalla controparte. È pur vero, infatti, che “l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti” (Consiglio Stato , sez. VI, 13 maggio 2010 , n. 2956), ma tale obbligazione consiste nel garantire la corretta esecuzione della prestazione in luogo dell'impresa partecipante che non ha le capacità per farlo e non anche di aggiungere una ulteriore garanzia rispetto a quella offerta dalla ditta concorrente.

3. Chiarito tale profilo, il Collegio ritiene di poter condividere la giurisprudenza ormai costante sul punto, secondo la quale nulla vieta che l'avvalimento provenga da una delle imprese che si costituiscono in associazione temporanea per la partecipazione alla gara, posto che, come previsto dalla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per i settori ordinari): “un gruppo di

operatori economici può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo ovvero di altri soggetti esterni” e tale espressione non può che essere intesa “nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'ausiliaria alla medesima gara, allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo ad un medesimo centro d'interessi; ciò comporta l'ammissibilità dell'avvalimento anche per i soggetti membri di un raggruppamento temporaneo non costituito, non solo nei confronti dei soggetti esterni all'a.t.i., ma anche nei confronti degli stessi partecipanti al raggruppamento” (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 08 febbraio 2010 , n. 268).

4. Né la documentazione presentata ai fini dell'avvalimento risulta presentare le dedotte carenze, posto che essa contiene una precisa indicazione degli obblighi assunti e la conseguente assunzione della responsabilità nei confronti della stazione appaltante da parte dell'ausiliaria.

Anche la cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente pare rispondere ai requisiti richiesti dalla legge, ancorché essa richiami l'art. 30 comma 2 della legge, il cui testo corrisponde perfettamente a quello dell'art. 113 del d. lgs. 163/06. Ciò anche in considerazione dell'espresso impegno– indicato nello schema tipo di cui al D.M. 123/2004 utilizzato dalla ricorrente – a rispondere per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara.

5. Respinto il ricorso incidentale, di natura paralizzante, deve essere esaminata l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso principale sollevata dalla controinteressata.

Anche questa appare infondata, posto che dall'intestazione del ricorso stesso risulta incontestato l'agire dei soggetti che poi hanno sottoscritto il mandato ai difensori in qualità di legali rappresentanti delle società che hanno partecipato alla gara: qualità che, peraltro, nei fatti risulta incontestata.

La mera formalità della mancata ripetizione nel mandato a margine della loro qualità di legali rappresentanti non sembra poter inficiare l'ammissibilità del ricorso, atteso l'atteggiamento della giurisprudenza indirizzato a dare rilevanza all'aspetto sostanziale, una volta che sia chiaramente desumibile la provenienza della volontà della persona del legale rappresentante.

6. Si può, quindi, procedere all'esame del ricorso principale nel merito.

A tale proposito appare opportuno premettere che dalla verifica della documentazione depositata in giudizio emerge come, in realtà, le certificazioni prodotte a seguito di richiesta di integrazione riguardassero servizi già dichiarati nel modulo relativo alla domanda e non anche servizi nuovi ed ulteriori, con la conseguenza che l'aspetto censurato dalla stazione appaltante non può che essere rappresentato dal fatto che l'integrazione della documentazione in questione fosse intervenuta oltre il termine dei 10 giorni previsto

dall'art. 48 del d. lgs. 163/06.

La legge, però, non qualifica come perentorio il termine per la produzione della documentazione richiesta a comprova dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/06. Proprio in ragione di ciò la giurisprudenza non è sempre stata uniforme nell'interpretare la disposizione sotto questo profilo, ancorché risulti prevalente l'orientamento secondo cui il termine in questione avrebbe natura perentoria poiché, pur non essendo qualificato tale dalla lettera della norma, tale perentorietà sarebbe insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza (C.G.A., sez. giurisd., 15 aprile 2009, n. 233; 25 maggio 2009, n. 480). Invero la natura perentoria attribuita a tale termine sembrerebbe derivare dalle ragioni di celerità e certezza che caratterizzano le procedure di aggiudicazione (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 08 ottobre 2009, n. 1608).

Nel caso di specie, come si è già avuto modo di precisare in fatto, è stata la stessa stazione appaltante a ritenere opportuna l'integrazione della documentazione, assegnando un nuovo termine, per fornire i necessari chiarimenti. Si deve, quindi, presumere che, nell'esercizio dell'ampio potere discrezionale che caratterizza l'attività della stazione appaltante, quest'ultima abbia ritenuto, in un'ottica di valorizzazione del principio della più ampia partecipazione, l'osservanza del termine per la produzione dei documenti comprovanti i requisiti fosse recessivo, rispetto all'interesse al

tempestivo e completo raggiungimento della prova.

Con la contestata produzione documentale, quindi, parte ricorrente ha prodotto gli attestati relativi ai servizi svolti, che non erano stati allegati alla domanda di partecipazione alla gara, ma il cui svolgimento era stato peraltro autocertificato nell'apposito modello.

7. La richiesta integrazione di documentazione deve, quindi, secondo il Collegio, ritenersi ammissibile in quanto discrezionalmente disposta dalla stazione appaltante, in condizione di reciprocità anche con altro partecipante. Ciò conduce ad escludere che possa ritenersi violato il principio della par condicio e spinge a ritenere legittima la scelta operata in prima battuta dall'Amministrazione di procedere alla richiesta dei documenti ritenuti carenti, con la conseguenza che inopinatamente risulta poi essere stato ritenuto violato il termine previsto dalla legge per dimostrare il possesso dei requisiti, facendone discendere l'effetto escludente. In altre parole la stazione appaltante avrebbe potuto, legittimamente, ritenere che la documentazione prodotta fosse insufficiente, a causa dell'assenza di taluni dei certificati attestanti il regolare svolgimento dei pregressi servizi dichiarati all'atto della domanda. Essa ha, invece, altrettanto legittimamente, ritenuto che, nonostante la scadenza del termine, fosse comunque opportuno consentire ai concorrenti di produrre la documentazione carente ovvero i chiarimenti necessari a dimostrare l'adeguatezza della documentazione prodotta. Pare, invece, eccedere il potere conferito alla stazione appaltante il ritenere, solo

successivamente, che l'integrazione della documentazione fosse inammissibile in virtù della natura perentoria del termine di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06;

8. Il ricorso può, quindi, trovare accoglimento, essendo l'Amministrazione incorsa nel lamentato eccesso di potere. Ne discende l'annullamento degli atti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione e il rigetto della richiesta risarcitoria, dovendosi ritenere che l'effetto demolitorio della pronuncia sia pienamente soddisfattivo delle pretese di parte ricorrente che non ha dimostrato di aver in concreto subito alcun danno ulteriore per effetto dell'adozione degli atti censurati.

9. Le spese del giudizio possano trovare compensazione tra le parti in causa, atteso che, a prescindere dalla successiva richiesta di integrazione, era onere del raggruppamento ricorrente produrre la documentazione ritenuta mancante entro il termine di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando:

- dichiara ammissibile il ricorso incidentale, di natura paralizzante e lo rigetta;
- accoglie il ricorso principale come in epigrafe indicato e per l'effetto annulla i provvedimenti con esso impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione;
- respinge la domanda risarcitoria.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Tenca, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2010

IL SEGRETARIO

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