



REPUBBLICA ITALIANA

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 406 del 2012, proposto da:

COMPUNET PRINT SRL, F.IMM SRL, in proprio e quali componenti del raggruppamento temporaneo tra le stesse, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Toullier, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

contro

A2A CICLO IDRICO SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Raffaello Perfetti, Biagio Giliberti e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola 14;

per l'annullamento

- del provvedimento del presidente della commissione di gara prot. n. 2012-A2A-002515-P del 2 marzo 2012, con il quale è stata comunicata l'esclusione del RTI delle ricorrenti dalla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento, corrispondenza e recapito con certificazione di consegna;
- della nota del presidente della commissione di gara prot. n. 2012-A2A-003803-P del 29 marzo 2012, con la quale è stata confermata l'esclusione;
- del punto III.2.3.a dell'avviso di gara, nella parte in cui richiede l'allegazione del certificato di buon esito dei servizi prestati negli ultimi tre anni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A2A Ciclo Idrico spa;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato sulla GU del 14 gennaio 2012 A2A Ciclo Idrico spa ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento, corrispondenza e recapito con certificazione di consegna. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del prezzo più basso.

2. A proposito delle condizioni di partecipazione l'avviso di gara prevedeva:

(i) come requisiti di capacità economica e finanziaria (punto III.2.2): (a) l'elenco degli istituti bancari in grado di attestare la capacità economica e finanziaria dell'impresa; (b) un valore della produzione non inferiore a € 15.000.000 negli ultimi tre esercizi;

(ii) come requisiti di capacità tecnica (punto III.2.3): (a) l'esecuzione nell'ultimo triennio di servizi analoghi per un importo complessivo non inferiore a € 3.000.000 ripartito al massimo su tre contratti, con relativa dichiarazione di buon esito; (b) il possesso di una struttura tecnico-operativa composta complessivamente, nell'ultimo triennio, da almeno 300 addetti;

(iii) la possibilità (punto VI.3) di soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria e quelli di capacità tecnica tramite avvalimento presentando la documentazione indicata nell'art. 49 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163;

(iv) l'avvertimento (punto VI.3) che il conferimento dei dati richiesti doveva considerarsi essenziale ai fini dell'invito a presentare l'offerta, in quanto tale opportunità sarebbe stata "*materialmente preclusa*" in mancanza o parziale difetto delle predette informazioni.

3. Le ricorrenti Compunet Print srl (mandataria) e F.Imm srl (mandante) hanno presentato domanda di partecipazione in data 6 febbraio 2012 sotto forma di costituendo raggruppamento temporaneo. Nella domanda le ricorrenti hanno dichiarato di volersi avvalere dei requisiti delle imprese Compunet Cards srl e Abramo Printing & Logistics spa.

4. Il presidente della commissione di gara con nota del 2 marzo 2012 ha comunicato l'esclusione delle ricorrenti per una serie di carenze documentali relative al possesso dei requisiti di partecipazione e all'avvalimento. L'esclusione è stata poi confermata mediante una nota del 29 marzo 2012.

5. Contro l'esclusione le ricorrenti hanno presentato impugnazione con atto notificato il 3 aprile 2012 e depositato il 17 aprile 2012. Le censure sono così sintetizzabili: (i) violazione della *lex specialis*, che sarebbe stata interpretata in modo eccessivamente restrittivo; (ii) violazione dell'art. 49 del Dlgs. 163/2006 a proposito delle modalità dell'avvalimento. È stato inoltre impugnato il punto III.2.3.a dell'avviso di gara, nella parte in cui richiede l'allegazione del certificato di buon esito dei servizi prestati negli ultimi tre anni. La finalità del ricorso è la riammissione delle ricorrenti alla gara.

6. La stazione appaltante si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

7. Sulle questioni sollevate dalle parti si possono svolgere le seguenti considerazioni:

Premessa

(a) nell'adozione dei provvedimenti di esclusione dalle gare occorre procedere alla luce del principio di tassatività codificato nell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006. Questa norma da un lato elenca le tipologie di cause di esclusione ammissibili (violazione di legge e in particolare delle prescrizioni del codice e del regolamento dei contratti pubblici, omissioni che determinano incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, assenza del requisito dell'integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi che possano in concreto pregiudicare la segretezza delle offerte), e dall'altro colpisce con la sanzione della nullità le clausole della *lex specialis* che introducano ulteriori ipotesi di esclusione;

(b) le commissioni di gara devono quindi interpretare la *lex specialis* in modo da evitare che la stessa entri in conflitto con il divieto di inutili formalismi. Il reciproco di questa regola è che occorre fare un'appropriata e ampia utilizzazione del potere di soccorso previsto dall'art. 46 comma 1 del Dlgs. 163/2006. Quando un'interpretazione delle clausole *in bonam partem* non risulti possibile a causa del chiaro tenore escludente delle stesse, è necessario intervenire con lo strumento della disapplicazione, allo scopo di impedire che abbiano effetto disposizioni colpite

da nullità ai sensi del comma 1-bis dell'art. 46 del Dlgs. 163/2006;

(c) in base a questi criteri non può essere disposta l'esclusione di un concorrente se il risultato stabilito dall'avviso di gara è raggiunto con formalità diverse da quelle prescritte;

(d) nello specifico peraltro l'esclusione non è neppure una conseguenza necessaria della *lex specialis*. Come si è visto sopra, l'avvertimento contenuto nell'avviso di gara (punto VI.3) non prevedeva l'esclusione automatica per qualsiasi lacuna nella produzione documentale (clausola che in questa estensione sarebbe certamente da considerare nulla) ma invitava i concorrenti a collaborare per rendere *materialmente* possibile l'invito a presentare l'offerta. L'impossibilità materiale non equivale per sé a un'impossibilità giuridica, in quanto occorre tenere conto del potere di soccorso, che ristabilisce i presupposti di diritto per far accedere il concorrente alla fase successiva della procedura;

Sull'avvalimento in generale

(e) la maggior parte delle lacune che la commissione di gara ha ritenuto motivo di esclusione riguardano le dichiarazioni di avvalimento presentate dalle società ricorrenti per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione;

(f) in proposito si osserva preliminarmente che per l'appalto in questione (appalto di servizi) il raggiungimento dei requisiti di partecipazione mediante l'utilizzo in modo frazionato dell'avvalimento (ossia indicando più imprese ausiliarie per ciascun requisito mancante) non è vietato dall'art. 49 comma 6 del Dlgs. 163/2006, il quale limita l'avvalimento a una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione unicamente in relazione agli appalti di lavori;

(g) legittimamente quindi le società ricorrenti hanno indicato due ausiliarie (Compunet Cards srl e Abramo Printing & Logistics spa) rinviando alle stesse per quanto riguarda i requisiti mancanti. Il fatto che in questo modo si possa verificare una sovrapposizione o un eccesso di requisiti può determinare qualche difficoltà pratica nella lettura delle dichiarazioni ma non costituisce da solo un valido motivo di esclusione;

(h) la volontà di utilizzare lo strumento dell'avvalimento (v. art. 49 comma 2-a del Dlgs. 163/2006) può risultare sia da una dichiarazione formale dei concorrenti (come quella relativa a Compunet Cards srl – doc. 15 delle ricorrenti) sia dal deposito del contratto di avvalimento e della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria (come è avvenuto per Abramo Printing & Logistics spa – doc. 7 e 12 delle ricorrenti). Il divieto di inutili formalismi impone infatti di valorizzare tutto il materiale presentato dai concorrenti che sia oggettivamente idoneo a conseguire l'obiettivo fissato dalla legge, ossia, nel caso dell'avvalimento, a individuare con precisione il soggetto economico che apporta i requisiti necessari per la partecipazione alla gara. A questo fine una dichiarazione dell'impresa ausiliaria è altrettanto efficace di quella prodotta dai concorrenti. La dichiarazione dei concorrenti è del resto implicita nel deposito della dichiarazione dell'impresa ausiliaria, essendo le due dichiarazioni perfettamente speculari e come tali trasfuse nel contratto di avvalimento;

Sulle singole questioni relative all'avvalimento

(i) il requisito di cui al punto III.2.3.b dell'avviso di gara (numero minimo di 300 addetti nel triennio) è raggiunto mediante avvalimento della struttura di Abramo Printing & Logistics spa. La dichiarazione di questa società è precisa nell'affermare il possesso del suddetto requisito, e dunque, benché non corredata di ulteriori dettagli sulle caratteristiche aziendali, è utile ai fini della partecipazione, in quanto fornisce l'informazione necessaria e consente la successiva verifica da parte della stazione appaltante. Del resto quando i requisiti di capacità economica e finanziaria e quelli di capacità tecnica sono posseduti dagli stessi concorrenti è sufficiente una semplice dichiarazione all'interno della domanda di partecipazione, mentre la documentazione probatoria è richiesta solo dopo l'eventuale aggiudicazione (v. art. 41 comma 4 e 42 comma 4 del Dlgs. 163/2006);

(j) per quanto riguarda il requisito di cui al punto III.2.2.b dell'avviso di gara (valore della produzione non inferiore a € 15.000.000 negli ultimi tre esercizi), si osserva che la dichiarazione di Abramo Printing & Logistics spa copre anche questo aspetto. Nel contratto di avvalimento è invece palese il contrasto tra il paragrafo che richiama il predetto requisito e quello in cui il richiamo risulta omissivo. Si tratta però di un refuso e non di una circostanza in grado di determinare incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta. Pertanto la commissione di gara avrebbe dovuto svolgere approfondimenti sulla situazione di fatto armonizzando in via interpretativa il rapporto tra la dichiarazione e il contratto di avvalimento;

(k) tra i motivi di esclusione è indicata la circostanza che le dichiarazioni delle imprese ausiliarie menzionano soltanto le società ricorrenti senza fare riferimento espresso alla stazione appaltante. Questo però non implica automaticamente la violazione dell'art. 49 comma 2-d del Dlgs. 163/2006. In realtà è sempre necessaria una valutazione in concreto delle singole dichiarazioni, tenendo presente il principio di libertà delle forme. Le dichiarazioni in esame richiamano con precisione l'oggetto dell'appalto e quindi sono chiaramente funzionali a consentire la partecipazione alla gara, assumendo per ciò stesso, nel momento in cui sono allegare alla domanda, il valore di impegno unilaterale nei confronti della stazione appaltante. Diversamente argomentando verrebbe operata una forzatura interpretativa, in quanto si toglierebbe valore ad atti che possono invece essere agevolmente interpretati come fonte unilaterale di obbligazioni non verso un soggetto da nominare ma verso un soggetto (la stazione appaltante) che pur non essendo nominato è chiaramente individuabile dal contesto;

(l) alle ricorrenti è stato poi contestato il mancato deposito del contratto di avvalimento in originale o in copia autenticata. Al riguardo si ritiene che la produzione di una fotocopia o l'invio di una copia tramite PEC sia sufficiente a escludere l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza di questo elemento dell'offerta, il che consente la successiva regolarizzazione tramite deposito dell'originale o di copia autenticata. Si tratta in sostanza di leggere l'art. 49 comma 2-f del Dlgs. 163/2006 in combinazione con il precedente art. 46 commi 1 e 1-bis del medesimo testo normativo. Una volta esclusa l'incertezza assoluta sull'esistenza del contratto di avvalimento è doveroso estendere al relativo documento il potere di soccorso. Poiché l'avvalimento serve nello specifico a integrare i requisiti di capacità economica e finanziaria e quelli di capacità tecnica (v. art. 41 e 42 del Dlgs. 163/2006), occorre dare il necessario rilievo alla norma che estende il potere di soccorso al completamento della documentazione relativa a tali requisiti (v. art. 46 comma 1 del Dlgs. 163/2006);

Sui restanti requisiti di partecipazione

(m) per quanto riguarda il requisito di cui al punto III.2.2.a dell'avviso di gara (elenco degli istituti bancari in grado di attestare la capacità economica e finanziaria dell'impresa), si osserva che questo profilo di contestazione non è chiaramente evidenziato nel provvedimento di esclusione. In ogni caso, è vero che la ricorrente Compunet Print srl ha indicato una sola banca, ma l'altra ricorrente F.Imm srl ne ha indicate tre. È stata quindi raggiunta a livello di raggruppamento temporaneo la soglia di istituti bancari prevista dall'art. 41 comma 1-a del Dlgs. 163/2006, il che rende inutile l'avvalimento sotto questo profilo;

(n) la clausola dell'avviso di gara (punto III.2.3.a) che impone ai concorrenti di allegare alla domanda di partecipazione le dichiarazioni di buon esito relative ai servizi analoghi dell'ultimo triennio è nulla per contrasto con l'art. 42 comma 4 del Dlgs. 163/2006. In effetti è sufficiente che i servizi pregressi vengano indicati nella domanda di partecipazione, dovendosi presumere che tale dichiarazione, essendo effettuata dai concorrenti nel proprio interesse, implichi quella di regolare esecuzione. La verifica documentale è rinviata a dopo l'aggiudicazione;

Conclusioni

(o) poiché le dichiarazioni e la documentazione delle società ricorrenti sono idonee allo scopo perseguito o

comunque risultano regolarizzabili come sopra specificato, il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti che hanno disposto l'esclusione dalla procedura di gara;

(p) la complessità di alcune questioni consente la compensazione delle spese di giudizio. Il contributo unificato è a carico di A2A Ciclo Idrico spa ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e conseguentemente annulla l'esclusione delle società ricorrenti dalla gara. Spese compensate. Contributo unificato a carico della stazione appaltante.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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