



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**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 568 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Smmartpost Milano Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Gaetana Rita Parlato e Carmela Mangalaviti, con domicilio eletto presso l'avv. Valentina Marioli in Brescia, piazza della Loggia, 5;

***contro***

Comune di Brescia, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Francesca Moniga e Andrea Orlandi, con domicilio in Brescia presso l'Avvocatura comunale, C. tto S. Agata, 11/B;

***per l'annullamento***

a) della nota prot. 0055524 del 21-22/05/2013, di esclusione della società dalla gara per il servizio di spedizione della corrispondenza comunale, nonché di ogni altro atto connesso (*ricorso introduttivo*);

b) del presupposto verbale di gara 16 maggio 2013 (*motivi aggiunti*);

e per la dell'Amministrazione appaltante al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente:

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Brescia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 luglio 2013 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

I. Con il ricorso introduttivo del giudizio, depositato il 26 giugno 2013, la società ricorrente ha impugnato la nota 22 maggio 2013 (con cui il Comune di Brescia ha comunicato l'esclusione della stessa dalla gara relativa all'aggiudicazione del servizio di spedizione della corrispondenza comunale, per aver indicato la referenza di un solo istituto bancario anziché due, come richiesto dalla *lex specialis*) e ha contestualmente avanzato domanda cautelare, contenente anche richiesta di adozione di misure cautelari provvisorie ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

II. All'esito di tale ultima istanza, è stato assunto il decreto presidenziale 2 luglio 2013, n. 323, che di seguito integralmente si riporta:

*<<Considerato quanto segue:*

*1. la controversa esclusione della società ricorrente è stata disposta in quanto la stessa ha prodotto un'unica referenza bancaria, a fronte delle due richieste dalla lex specialis;*

*2. a sostegno della proposta impugnativa, la medesima società invoca l'applicabilità nei propri confronti dell'art. 41 comma 3 Cod. Contr. (avendo iniziato l'attività da meno di tre anni, in data 1 febbraio 2012), secondo l'interpretazione "temperata" (e ispirata al principio del favor participationis) prevalente nella giurisprudenza del Giudice amministrativo di I grado: la società ritiene, pertanto, di aver comprovato il requisito dell'idonea capacità economica e finanziaria mediante la produzione, in alternativa, di copia del bilancio approvato al 31/12/2011 e di copia del bilancio in corso di approvazione al 31/12/2012;*

*3. al riguardo, si può sin d'ora osservare, in contrario, che diverso è l'avviso del giudice amministrativo di secondo grado, orientato nel senso che "il disposto dell'art. 41, 3° comma, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo il quale "se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"), non può essere letto come clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possieda" in quanto "ciò equivarrebbe ad una legittimazione "obliquo modo" consentita dalla disposizione così da completare la prova delle referenze attingendo ad altre specie di documenti" con la specificazione ulteriore che "la formula normativa intende infatti consentire solo che il concorrente il quale vanta il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella lex specialis della gara, possa avere la facoltà, ove sussistano giustificati motivi, di produrre una documentazione alternativa" (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1132 del 25 febbraio 2009 e Cons. giust. amm. Sicilia 19 ottobre 2010, n. 1290);*

*4. nel caso di specie, tali giustificati motivi (inizio dell'attività da meno di tre anni e rapporti con un solo istituto di credito) non appaiono sussistere, poiché la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare, recentemente, come le referenze bancarie siano rilasciabili, per comune esperienza, anche da banche che non abbiano già in corso rapporti con la società richiedente, ritenendo, di conseguenza, giusta causa di esclusione da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi la mancata prova documentale dei "giustificati motivi" che hanno impedito la presentazione di due referenze bancarie o quanto meno di garanzie alternative, che avrebbero dovuto essere sottoposte al giudizio di idoneità della medesima amministrazione (sez. VI, 12 settembre 2011, n. 5106);*

*5. è questo il caso che qui ricorre, ove la Società ricorrente non solo non ha presentato la seconda referenza bancaria (comunque ottenibile), ma neppure ha prodotto una effettiva garanzia alternativa, che, per essere tale in questa materia, deve necessariamente provenire da soggetti terzi (in primis società intermediarie) e non può essere sostituita da documentazione (bilanci 2011 e 2012) interamente ed esclusivamente riconducibile alla sfera dell'impresa medesima;*

*6. analogamente a quanto statuito nella citata sentenza Sez. VI n. 5106/11, occorre, allo stato, propendere per la legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione della Società ricorrente, con conseguente reiezione della sua istanza di sospensione provvisoria del provvedimento stesso, ex art. 56 c.p.a.;*

*P.Q.M.*

*RESPINGE la suindicata istanza di misure cautelari monocratiche.*

*Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 17 luglio 2013, ore di rito .>>*

III. Come risulta dal relativo verbale di udienza, lo svolgimento della suddetta camera di Consiglio è stato il seguente:

- il difensore del ricorrente ha dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare;
- il Presidente ha fatto presente che la causa era matura per la decisione immediata nel merito ai sensi dell'art. 60 cpa e ha disposto, quindi, il rinvio alla camera di consiglio del 31 luglio 2013 per ulteriore difese e deduzioni di parte ricorrente in vista della preannunciata definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;
- l'avvocatura civica del Comune (che si era costituito l'1.7.2013 e aveva svolto le proprie difese, anche in rito, con memoria 12 luglio 2013) ha preso atto.

IV. Nelle more della nuova camera di Consiglio, le parti hanno dispiegato in pari data (29 luglio 2013) la seguente attività difensiva:

a) parte ricorrente ha depositato:

- motivi aggiunti avverso il verbale di gara 16 maggio 2013, di cui ha avuto conoscenza a seguito di istanze di accesso 17 maggio 2013 e 10 giugno 2013: tuttavia, stante che il verbale di gara e la (precedentemente impugnata, ma successiva) nota 21-22 maggio 2013 prospettano negli stessi termini le ragioni di esclusione di Smmartpost Milano Srl, i predetti motivi aggiunti risultano esattamente riproductivi delle censure svolte nel ricorso iniziale;
- memoria difensiva, in cui si ribadiscono le tesi già esposte e si prende in esame la sentenza Cons. Stato n. 1132/2009, richiamata nel decreto presidenziale n. 323/2013, deducendo che essa espressamente riconosce come l'unica eccezione alla regola del possesso dei requisiti sia quella, ricorrente nella specie, di inizio dell'attività da meno di tre anni;

b) il Comune ha dimesso memoria incentrata sui profili processuali legati alla definizione immediata del giudizio, sostenendo che la pronuncia di sentenza semplificata ex art. 60 cpa non è impedita dall'avvenuta notificazione in data 19.7.2013 dell'atto di motivi aggiunti di cui si è dato conto, in quanto essi dovrebbero essere qualificati come ricorso autonomo.

IV. Su quest'ultimo punto, il Collegio conviene con la conclusione della difesa comunale, ma ritiene che a detto risultato si debba pervenire alla stregua della diversa considerazione che i motivi aggiunti *de quibus* non hanno, per quanto sopra illustrato, minimamente ampliato la materia del contendere (l'impugnativa del verbale di gara era già esplicitata – seppur “al buio” – nel ricorso introduttivo), tant'è che gli stessi motivi aggiunti (evidentemente del tutto “tuzioristici”) contengono in calce l'apposita dichiarazione dei difensori di parte ricorrente che “*il ricorso per motivi aggiunti, ai sensi della L. 488/1999 non è soggetto al contributo unificato*”.

V.1. Quanto al fondamentale *thema decidendum*, il Collegio ritiene di fare proprie le considerazioni contenute nel citato decreto monocratico n. 323/2013, di reiezione dell'istanza di misure cautelari provvisorie: e ciò per le ulteriori argomentazioni in diritto e in fatto che di seguito si espongono.

V.2. In diritto, le considerazioni svolte sub 3 e 4 del decreto n. 323/2013 meritano di essere qui ribadite, in quanto nello stesso senso depongono ulteriori pronunce del Giudice amministrativo, tanto di primo che di secondo grado.

Si vedano ad es. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 28-03-2013, n. 258, T.A.R. Sicilia Catania, Sez. III, 4-02-2013, n. 395 e Cons. Stato Sez. V, 13-02-2013, n. 861, che hanno ritenuto l'illegittimità dell'operato delle stazioni appaltanti, laddove le stesse abbiano omesso di escludere dalla gara l'offerta di una concorrente cui era allegata una sola referenza bancaria valida, in luogo delle due espressamente prescritte dalla *lex specialis*.

Ma, soprattutto, Cons. Stato Sez. V, 13-12-2012, n. 6390 ha chiarito che, in mancanza di un espresso rinvio recettizio della *lex specialis* della gara all'art. 41, comma 3 Cod. contratti (sul quale fa principalmente leva l'impresa ricorrente, avendo essa iniziato l'attività da meno di tre anni) non è consentito al concorrente di provare il possesso del requisito anche con modalità diverse delle due referenze bancarie, in quanto le modalità alternative riportate dal

primo comma dell'art. 41 non “*costituiscono una griglia di scelta per il concorrente, essendo indubbio, che la norma si rivolge all'amministrazione, allo scopo di limitarne la discrezionalità*”.

E', questo, non una *rara avis* ma un avviso più volte espresso dalla stessa Sez. V, che in una pronuncia di poco anteriore (22-05-2012, n. 2959) e resa in una fattispecie dai profili giuridici sovrapponibili alla presente, ha espressamente affermato che:

*<<Nel terzo comma (dell'art. 41 NdE), invocato dall'odierna appellante a sostegno della propria impugnativa, si consente di ovviare alla produzione delle referenze bancarie "per giustificati motivi".*

*Tale clausola è evidentemente preordinata a conciliare l'esigenza della stazione appaltante di apprezzare l'affidabilità dell'offerente dal punto di vista patrimoniale ed economico con situazioni di obiettivo impedimento ad ottenere simili dichiarazioni. Contrariamente a quanto sostiene la Tradeco essa non consente di surrogare il documento imposto dalla legge di gara a comprova dei suddetti requisiti con altri.*

*Quest'ultima considerazione risulta suffragata dal comma 4 della disposizione in esame, la quale nel solo caso delle referenze bancarie esonera il concorrente aggiudicatario dal fornire la prova dei requisiti autocertificati attraverso la "documentazione probatoria a conferma".*

*La differenza è agevolmente spiegabile con l'autoevidenza probatoria che dichiarazioni provenienti da terzi possiedono e di cui sono invece prive le autocertificazioni o i bilanci, in quanto entrambi provenienti dalla parte interessata.*

*In forza di ciò si rivela fallace il ragionamento a sostegno del secondo motivo e cioè che i giusti motivi di cui al 3 comma cit. sono integrati dai bilanci stessi. E' infatti evidente l'inversione dei piani logico-deduttivi che con tale argomentare si determina, visto che si suppone consentito l'esonero dalla produzione delle referenze imposte dalla legge di gara adducendo come ragione esonerativa l'esistenza di bilanci in grado di comprovare i requisiti richiesti, quando invece questi possono assumere funzione surrogatoria unicamente previa dimostrazione di motivi ostativi all'ottenimento delle suddette referenze>>.*

V.3. In ogni caso e in punto di fatto, non si può ritenere che la Società ricorrente abbia dimostrato - in via alternativa alla seconda referenza bancaria non prodotta - la propria capacità economica e finanziaria.

E ciò per le ragioni indicate dal Comune al capo III della propria memoria 12 luglio 2013 cui, per la loro incontrovertibile valenza obiettiva nonché per le esigenze di economia espositiva che caratterizzano la presente modalità semplificata di definizione della controversia, il Collegio ritiene di poter senz'altro prestare adesione, non dovendosi null'altro aggiungere a quanto colà evidenziato e che comunque, per completezza, qui di seguito si riporta.

Invero, ad avviso del Comune (e su tale avviso il Collegio concorda), *<<i> suddetti documenti non erano affatto idonei allo scopo per le seguenti ragioni:*

*a) il bilancio letteralmente "in corso di approvazione al 31.12.2012" (doc. 6) e quindi non ancora approvato alla data di presentazione dell'offerta (10.5.2013) non aveva alcuna valenza probatoria;*

*b) il bilancio approvato al 31.11.2011 (doc. 6) si riferiva ad un esercizio nel corso del quale Smmartpost Milano non era ancora attiva (essa stessa dichiarava infatti di avere iniziato l'attività il giorno 1.2.2012 - doc. 6 e doc. 7) ed era sostanzialmente dipendente dal rapporto contrattuale intrecciato con la propria controllata Smmart Post srl (doc. 11 pag. 3).>>*

A questo proposito, il Comune sottolinea come “*a fronte del richiesto valore di € 600.000 per servizi analoghi nel triennio 2010/2011/2012 (disciplinare di gara - doc. 3 pag. 9), la ricorrente abbia indicato un contratto di €*

725.090,09 a favore di Smmart Post srl (società che risulta esistere solo dal 2.4.2013 - doc. 11), uno da € 57.312,90 con uno studio professionale di Milano, uno da € 8.167,06 con un centro sportivo di Milano, uno da € 10.101,45 con Equitalia Nord (doc. 4 pagine 11-14).”

VI.1. Conclusivamente, le censure dedotte dalla Società ricorrente si rivelano infondate nel merito, così potendosi prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di notificazione ai controinteressati, sollevata dallo stesso Comune nella citata memoria 12 luglio 2013.

VI.2. Da ciò discende la reiezione, oltre che delle domande annullatorie rispettivamente proposte con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, anche di quella risarcitoria negli stessi formulata, non essendo qualificabile come ingiusto il danno ivi dedotto.

VI.3. Tenuto, tuttavia, conto che sulla fondamentale *quaestio iuris* posta da parte ricorrente la giurisprudenza amministrativa di primo grado non è ancora univoca, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge le domande annullatorie e risarcitoria in essi formulate.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 31 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2013

IL SEGRETARIO

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