



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2013, proposto da:

Omnia Secura Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi, Massimo Falsanisi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, via Monti 41;

contro

Società per l'Impianto e l'Esercizio dei Mercati Annonari all'Ingrosso di Milano Spa - Sogemi, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Raffaello Perfetti, Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Perfetti in Milano, via San Barnaba, 30;

nei confronti di

Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale di Milano, domiciliata presso i suoi uffici, in Milano, via Freguglia, 1;

per l'annullamento

dell'atto 21 gennaio 2013, con cui SOGEMI, ha disposto l'esclusione del

r.t.i. All System dalla gara indetta per affidare servizi ex r.d. 773/1931 e di portierato e ha irrogato la sanzione dell'incameramento della cauzione, disponendo la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti; del disciplinare di gara e del bando, nonché del verbale della commissione giudicatrice del 1 febbraio 2013 e di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sogemi e dell'Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Società per l'Impianto e l'Esercizio dei Mercati Annonari all'Ingrosso di Milano Spa (da ora anche solo Sogemi), avente ad oggetto i servizi di portierato e di vigilanza nell'area dei mercati generali di Milano.

Il disciplinare richiedeva come requisiti di capacità economica e finanziaria per il triennio 2008-2009-2010 di aver realizzato “un fatturato medio annuo per servizi analoghi almeno pari al valore dell'importo complessivo posto a base d'asta”, determinato in € 5.513.936,63.

Nel caso di raggruppamento temporaneo il fatturato doveva essere posseduto in capo alla mandante nella misura minima del 20%.

La società ricorrente era mandante del RTI con la mandataria All System. In sede di sorteggio ex art 48 d. lgs. 163/2006 la commissione contestava il possesso in capo alla Omnia dei requisiti di capacità economica e finanziaria: il fatturato dei singoli anni era per il 2008 € 276.224, per il 2009 € 502.228 e il 2010, € 1.222.661, per cui la media annua dei fatturati – pari a € 667.037,67 per il triennio – era nettamente inferiore al 20% del valore complessivo dell'appalto.

Anche dopo i chiarimenti, la stazione appaltante ha ritenuto non comprovato il suddetto requisito e ha proceduto ad escludere la ricorrente, escutendo la fidejussione d'offerta e segnalando la società Omnia all'Autorità dei contratti.

Avverso detti provvedimenti, la società ricorrente ha proposto il presente ricorso, articolando le seguenti censure:

1) violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione degli artt. 1,3 e 6 L. 241/90; del secondo considerando introduttivo alla Direttiva CEE 2004/18/CE, degli artt. 2, 20, 27, 41, 42 e 48 D. L.gs. 163/2006; illogicità, violazione dei principi di correttezza, ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità: Omnia ha dichiarato in forma sintetica la referenza economica- finanziaria, mentre ha elencato tutti i servizi svolti, per dimostrare la capacità professionale; in tal modo la stazione appaltante avrebbe dovuto già in sede di verifica delle offerte, rilevare l'assenza del requisito di partecipazione; per tale ragione non può dirsi che in sede di verifica non sia stata fornita prova di quanto dichiarato, ma solo che *ab origine*, la società non avesse i requisiti per partecipare, di conseguenza non avrebbe potuto trovare applicazione l'art 48 D. lgs. 163/2006;

2) violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/90; del secondo considerando introduttivo alla Direttiva CEE 2004/18/CE, degli artt. 2, 20, 27, 41, 42 e 48 D. L.gs. 163/2006; illogicità, violazione dei principi di correttezza, ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità: stante la buona fede della ricorrente, la sanzione applicata risulta sproporzionata;

3) violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/90; degli artt. 2, 20 e 27 del D. L.gs. 163/2006; violazione dei principi di correttezza, ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità: l'art 48 non prevede l'applicazione automatica delle sanzioni, per cui l'Amministrazione avrebbe dovuto valutare la buona fede della società e non applicare la sanzione;

4) violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione degli artt. 1,3 e 6 L. 241/90; dell'art 9 L. 180/2011, 1337 c.c., degli artt. 2, 20, 27 e 48 D. L.gs. 163/2006; violazione dei principi di buona fede, in quanto le sanzioni non sono proporzionate alla violazione;

5) violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/90; dell'art 9 L. 180/2011, degli artt. 2, 20, 27 e 48 D. L.gs. 163/2006; illogicità, violazione dei principi di correttezza, ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità e buona fede: nell'ipotesi in cui si ritenga che l'art 48 vada applicata automaticamente, parte ricorrente chiede che venga disapplicata, per contrasto con i principi comunitari e, in via subordinata, che venga rimessa alla Corte Costituzionale la questione di incostituzionalità della norma, per violazione degli artt. 2, 3, 24 e 113 Cost.

Si sono costituite la Sogemi e l'Autorità, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 314 del 13/03/2013, la domanda cautelare veniva respinta, riscontrando l'assenza di "apprezzabili motivi di fumus, atteso che l'incameramento della cauzione provvisoria, di cui all'art. 48 D. lg. 12 aprile 2006 n. 163, per assenza dei requisiti di partecipazione, è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato Consiglio di Stato sez. V, n. 4778 del 10 settembre 2012)".

All'udienza pubblica del 17 dicembre il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) Il presente ricorso è stato proposto avverso gli atti con cui la stazione appaltante ha escluso la società ricorrente, per assenza del requisito di capacità economica finanziaria, ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria e ha segnalato il fatto all'Autorità di vigilanza sui contratti.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Il primo motivo attiene al provvedimento di esclusione: sostiene la difesa di Omnia che, in sede di dichiarazione dei requisiti, la referenza economica è stata dichiarata in forma sintetica, contestualmente sono però stati elencati tutti i servizi svolti. In tal modo la stazione appaltante avrebbe dovuto già in sede di verifica delle offerte, rilevare l'assenza del requisito relativo alla capacità economica, alla luce di quanto dichiarato a riprova della capacità professionale: per tale ragione la stazione appaltante avrebbe dovuto estromettere la società fin dall'inizio, senza giungere alla fase di verifica di cui all'art 48 D. lgs. 163/2006.

La censura non può trovare accoglimento, poiché nessuna disposizione impone alla stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti di partecipazione, ovvero la veridicità delle dichiarazioni.

Al contrario il sistema normativo, al fine di garantire la celerità delle operazioni di gara, prevede che la capacità economica finanziaria sia dimostrata attraverso la autodichiarazione, demandando poi alla verifica a campione l'effettiva sussistenza dei requisiti e la corrispondenza alle autodichiarazioni.

Tra l'altro, come ha osservato la difesa della società Sogemi, i requisiti di capacità economica da provare con il fatturato, erano differenti rispetto ai requisiti di capacità professionale, da provare con l'indicazione dei servizi svolti, per cui anche il controllo "incrociato" non permetteva di verificare l'assenza del requisito di capacità economico finanziaria.

2) Nel secondo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dei principi che regolano il procedimento amministrativo, la violazione del secondo considerando introduttivo alla Direttiva CEE 2004/18/CE, nonché degli artt. 2, 20, 27, 41, 42 e 48 D. Lgs. 163/2006, perché è stata applicata una sanzione sproporzionata, proprio considerando che la società Omnia ha reso dichiarazioni veritiere.

Anche questo motivo non è fondato.

Secondo l'interpretazione prevalente, cui anche questa Sezione ritiene di aderire, l'art 48 del D. lgs. 136/2006, configura l'incameramento della cauzione provvisoria come una conseguenza del tutto automatica, di carattere sanzionatorio non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale, con riguardo ai fatti che determinano la loro applicazione.

Ugualmente anche la segnalazione all'Autorità è un atto che la stazione

appaltante ha l'obbligo di adottare, in quanto conseguenza tassativamente prevista per l'ipotesi della mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dall'art. 48, d.lg. n. 163 del 2006, con la precisazione, rispetto a detto atto, che la giurisprudenza ha avuto modo, anche recentemente, di precisare come l'atto effettivamente lesivo non sia l'atto di trasmissione, qualificato come atto prodromico, ma solo l'eventuale provvedimento dell'Autorità (ex multis T.A.R. Torino sez. I, 01/06/2012 n. 642).

3) L'orientamento sopra citato, circa la natura dell'art 48 è sufficiente a respingere anche il terzo motivo, in cui parte ricorrente sostiene la tesi della non automaticità dell'applicazione delle sanzioni.

Le stesse argomentazioni valgono per ritenere infondato il motivo successivo, ripetitivo del precedente, in cui parte ricorrente invoca i principi di buona fede e di correttezza, partendo però sempre dall'errata convinzione che la stazione appaltante possa effettuare una valutazione autonoma dei fatti, che invece la norma esclude a priori, configurando le sanzioni come automatiche conseguenze.

5) Anche la richiesta di rinvio alla Corte Costituzionale, contenuta nel quinto motivo, va respinta.

La questione è già stata ritenuta non fondata nella decisione della Corte Costituzionale (n.211/2011), che ha ritenuto *“manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 97 cost., la q.l.c. dell'art. 48, comma 1, seconda parte, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui “contempla in via automatica l'incameramento della cauzione provvisoria da parte delle stazioni appaltanti”. Tale incameramento, previsto dalla disposizione censurata quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione dalla gara, si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità*

cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, ed è congruente rispetto alla funzione di garantire serietà e affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza; la detta previsione costituisce quindi una scelta del legislatore ordinario che non può essere giudicata frutto di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e che non contrasta perciò in modo manifesto con il canone della ragionevolezza ed è strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (sent. n. 245 del 1007)".

Le argomentazioni portano anche ad escludere anche un contrasto con la disciplina comunitaria.

6) Per le ragioni sopra riportate il ricorso deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore della società Sogemi, quantificate in € 2.000,00 (duemila,00), oltre oneri di legge; compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2014

IL SEGRETARIO

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