

N. 01482/2009 REG.SEN.
N. 00244/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 244 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

So.Ge.Si. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso l'avv. Simona Rostagno in Torino, corso Re Umberto, 77;

contro

Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino -Amiat Spa-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Carmela Fasano, Claudio Piacentini e Alessandro Licci Marini, con domicilio eletto presso l'avv. Claudio Piacentini in Torino, corso Duca degli Abruzzi, 15;

nei confronti di

Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- dell'atto, prot. n. 1524 del 17 febbraio 2009, con il quale l'Amministratore delegato dell'AMIAT S.p.A. ha richiesto alla Coface Assicurazioni il versamento dell'importo della garanzia (pari ad euro 75.600,00) relativa alla cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente;

- dell'atto, prot. n. 1523 del 17 febbraio 2009, con il quale l'Amministratore delegato dell'AMIAT S.p.a. ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di noleggio - lavaggio indumenti da lavoro;

- del verbale del 16 febbraio 2009, a rogito del Notaio Paolo Bertami, per la parte in cui la Commissione di gara ha escluso la ricorrente (atto non in possesso della ricorrente, ma già richiesto in copia e citato nel succitato atto dell'amministrare delegato);

- di tutti i verbali della Commissione di gara, per la parte e per i motivi di cui al presente atto di ricorso (atti non in possesso della ricorrente, ma già richiesti in copia);

per la condanna dell'AMIAT alla restituzione alla ricorrente dell'importo della cauzione presentata in gara, ove nelle more del presente giudizio la Coface Assicurazioni provveda al versamento in favore dell'AMIAT della somma da questa richiesta.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino -Amiat Spa-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 07/05/2009 il Primo Referendario dott. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. in data 1° giugno 2008, l'AMIAT aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di noleggio e lavaggio degli indumenti da lavoro, prevedendo il disciplinare, quale requisito di partecipazione, la presentazione di una dichiarazione "dalla quale si desuma un importo di almeno euro 1.250.000 relativo all'esecuzione di servizi di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e/o D.P.L. effettuati in ciascuno degli ultimi tre anni a partire dalla data di invio del bando alla Gazzetta Ufficiale della U. F. e prevedendo, inoltre, la presentazione di una cauzione provvisoria pari ad euro 75.600,00".

La ricorrente espone di aver partecipato alla gara e di aver presentato la prescritta dichiarazione relativa ai servizi analoghi svolti per Enti pubblici e

privati nel triennio 2005-2006-2007, tra i quali era compreso l'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R.

Con lettera del 12 dicembre 2008, prot. n. 12259 (doc. 6 ricorso), il Presidente della Commissione di gara, a seguito di sorteggio a art. 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163-06, aveva richiesto alla ricorrente di dimostrare i requisiti dichiarati in gara entro il termine perentorio di dieci giorni dal ricevimento della richiesta, mediante la produzione della copia dei bilanci relativi al triennio 2005-2006-2007, nonché mediante la produzione dei certificati relativi ai servizi svolti nel medesimo triennio e rilasciati dalle Amministrazioni pubbliche.

La ricorrente afferma di aver risposto a tale richiesta con lettera datata 16 dicembre (doc. 7 ricorso) e pervenuta all'AMIAT il 17 dicembre 2008, alla quale erano allegati le copie dei bilanci e le certificazioni rilasciate da Enti pubblici e privati. Il Presidente della Commissione, con lettera del 26 gennaio 2009, prot. n. 613 (doc. 8 ricorso), aveva chiesto alla ricorrente di inviare, entro il termine perentorio del 6 febbraio 2009, anche l'attestazione relativa ai servizi svolti per l'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R., che non era ricompresa nella documentazione precedentemente inviata. Infatti, trattandosi di Ente pubblico, l'attestazione doveva essere comprovata mediante la produzione di un certificato che la ricorrente inviava con lettera del 27 gennaio 2009 (doc. 9 ricorso), pervenuta all'AMIAT il successivo 2 febbraio.

La Commissione di gara, come risulta dalla comunicazione del 17 febbraio 2009, nella seduta del 16 febbraio escludeva la ricorrente dalla gara, richiedendo l'escussione della polizza fideiussoria.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi, formulati allo scopo di scongiurare l'incameramento della cauzione provvisoria; infatti la stessa ricorrente afferma che, trattandosi di gara aggiudicata in base al prezzo più basso, la stessa, conoscendo il prezzo da essa offerto e quello offerto dall'aggiudicataria, è certa che, anche ove riammessa alla gara, essa non potrebbe divenire aggiudicataria:

- Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza e travisamento dei fatti, sviamento ed ingiustizia manifesta, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione del principio di leale collaborazione. Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 46 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dell'art. 2700 del c.c.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 230 del 12 marzo 2009, veniva accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato, con riferimento all'incameramento della cauzione, atteso che dalle produzioni effettuate dalla ricorrente in gara risultava la buona fede della stessa.

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente proponeva un motivo nuovo e impugnava specificamente il verbale del 17 febbraio 2007, conosciuto a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione in data 10 marzo, per la parte in cui la Commissione aveva rilevato la necessità di procedere sia all'escussione della fideiussione prestata dalla medesima a titolo di cauzione provvisoria, sia alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il motivo nuovo era il seguente:

1 - Violazione della lex specialis di gara. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, per travisamento dei fatti, sviamento ed ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Alla pubblica udienza del 7 maggio 2009 il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato.

Il provvedimento di esclusione contestato, infatti, è stato assunto in quanto la Commissione di Gara ha ritenuto che per l'anno 2006 non fosse stato comprovato il possesso del requisito relativo all'esecuzione di un milione e duecentocinquantamila euro con la documentazione prevista dalla legge per fornire tale prova, in quanto non è stato prodotto, entro il termine perentorio di dieci giorni previsto nella lettera di richiesta dell'Amiat del 12 dicembre 2008 (prot. 12259), certificazione per l'Istituto di Fisiologia Clinica del CNR, che è risultato rientrare nella categoria delle Amministrazioni e degli Enti Pubblici, come previsto dall'art. 42, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; più precisamente, per il 2006, è stata comprovata, nelle forme prescritte, tenuto conto anche delle dichiarazioni nelle quali l'IVA era compresa nelle cifre esposte, l'esecuzione di servizi per soli euro 1.223.447,37, al netto di IVA e non risultava comunque, dalla documentazione prodotta, relativamente all'istituto di fisiologia del C.N.R., quale importo, per il fatturato del 2006, fosse riferito effettivamente a servizi di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e/o DPI, essendo gli importi risultanti da tale documentazione riferiti, per stessa dichiarazione della ricorrente, indistintamente al lavanoio di biancheria piana e di biancheria confezionata, anche ipotizzando che gli abiti da lavoro, come nella terminologia usuale del settore, rientrassero nell'ambito della biancheria confezionata.

In sostanza, la Commissione ha ritenuto che la ricorrente non avrebbe prodotto entro il termine di 10 giorni dalla richiesta, avvenuta con nota del 12 dicembre 2008, l'idonea attestazione prevista dall'art. 42, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006, relativamente all'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R. e ha ritenuto che dal suddetto certificato dell'Istituto di Fisiologia Clinica C.N.R. non

risultasse quale importo, per l'anno 2006, fosse riferito al solo servizio di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e/o DPI, oggetto dell'appalto.

Secondo parte resistente, il fatto che la ricorrente abbia prodotto il certificato dell'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R., con nota del 27 gennaio 2009 (doc. 9 ricorso), entro il termine di dieci giorni assegnato dall'Amministrazione nella nota del Presidente della Commissione del 26 gennaio 2009 e non a seguito della prima richiesta del 12 dicembre 2008 confermerebbe che la produzione del certificato è da ritenersi irrimediabilmente tardiva.

Tale rilievo è esatto con riferimento all'intrapresa esclusione, atteso che, come affermato del tutto condivisibilmente dalla giurisprudenza amministrativa, legittimamente viene esclusa da una gara la concorrente che non ha documentato il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica entro il termine di 10 giorni di cui all'art. 48, d.lg. n. 163 del 2006, non potendosi intendere lo stesso che come perentorio, in quanto la contraria interpretazione costringerebbe la P.A. a prolungare sine die la fase di controllo dei documenti e l'Amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità, inaccettabile, di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti (cfr.: Cons. St., V, 328/07; id., VI, 7294/04; id., V, 6528/03 e T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 novembre 2007, n. 720).

Tuttavia, ai fini dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, può venire in rilievo un ulteriore elemento di valutazione, rappresentato dalla buona fede dell'impresa, buona fede dedotta, ovviamente, da dati oggettivi risultanti dalla documentazione di gara e che, per quanto riguarda il provvedimento di esclusione, non può venire, come detto, in rilievo.

Già il Consiglio di Stato ha affermato che in seguito ad una verifica a campione tra i partecipanti alle gare di appalto per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, quando tale prova non sia fornita, ovvero non si confermino le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità, tuttavia, il Supremo Collegio è chiaro circa l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine all'interpretazione del bando e della normativa generale ed abbia ritenuto di avere il requisito in realtà carente o contestato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

In altre parole, in tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara.

Ma tale principio è stato ribadito di recente con pronuncia della Sezione V, del 9 dicembre 2008, n. 6101.

Nel caso di specie non v'è dubbio che il ricorrente possedesse il requisito e avesse a disposizione la possibilità di produrre il certificato per attestarlo. Poiché, tuttavia, la stessa Commissione di gara non ha immediatamente proceduto all'esclusione del ricorrente dalla gara per la mancata produzione del certificato, ma ha assegnato ulteriori dieci giorni per la produzione del certificato dell'Istituto del C.N.R. mancante; poiché l'Istituto di Fisiologia Clinica, che ha forma giuridica di fondazione può far dubitare, prima facie, della sua esatta qualificazione come ente pubblico, attesa anche la difficile enucleazione delle caratteristiche di ente pubblico, complicate oggettivamente dalla forma di ente fondazione rivestita dall'istituto in esame; poiché infine, legittimamente e ragionevolmente poteva dedursi dalla richiesta summenzionata che anche la Commissione fosse incerta sulla qualificazione soggettiva, pubblica o privata, dell'Istituto di Fisiologia Clinica e avesse richiesto ulteriori chiarimenti; da tutti questi elementi si realizza, a parere del Collegio, una situazione analoga a quella descritta: in relazione alle tre circostanze indicate si verifica una situazione in cui è ravvisabile la buona fede dell'impresa che ha errato in ordine all'interpretazione, in questo caso, non del bando, ma di un atto specifico della gara, la richiesta di chiarimenti con assegnazione di ulteriori dieci giorni quale termine per produrre il documento, facendo sorgere così nell'impresa l'affidamento di avere il requisito in realtà carente o contestato.

Peraltro, dalla successiva produzione è emerso che il lavoro è stato oggettivamente svolto e che il certificato è stato prodotto.

Infatti, la ricorrente non ha, ragionevolmente, ritiene il Collegio, prodotto il certificato rilasciato dall'Istituto, che pure era in suo possesso dal maggio del 2008 (cfr. doc. 9 ricorso), limitandosi ad autodichiarare il fatturato relativo al servizio svolto a favore dell'Istituto di Fisiologia Clinica di Pisa nell'anno 2006, poiché, si deve effettivamente desumere per ragionevolezza, non ostandovi altri elementi acquisiti in questa controversia, riteneva di poter beneficiare della norma contenuta nell'art. 42, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 163/2006, che consente al concorrente di provare l'effettuazione del servizio a favore di privati anche attraverso un'autodichiarazione.

Pertanto, tale produzione è sicuramente tardiva ai fini dell'esclusione (peraltro, parte ricorrente neppure ha interesse a coltivare la relativa domanda di annullamento), ma non ai fini dei provvedimenti di tipo sanzionatorio, di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Lo stesso dicasi per l'ulteriore motivo di esclusione, in base al quale la Commissione ha ritenuto inidoneo tale certificato al fine della prova circa l'avvenuta prestazione, per l'anno 2006, di servizi di lavanolo di biancheria confezionata per Euro 77.491,91, come da fatturato dichiarato in sede di partecipazione alla gara.

La ricorrente risulta in possesso di un certificato dell'Istituto del CNR che provava, per l'anno 2006, un fatturato relativo al servizio di lavaggio e noleggio di biancheria piana e confezionata pari ad Euro 132.858,18; in sede di partecipazione alla gara, ha evidenziato soltanto il fatturato relativo al servizio di lavanolo di biancheria da lavoro svolto a favore dell'Istituto di Fisiologia Clinica

del CNR, pari a Euro 77.491,91.

Anche in questo caso, la ricorrente ha prodotto il succitato certificato che provava, per il 2006, un fatturato maggiore di quello dichiarato in sede di gara, superiore rispetto a quello attestato dalla ricorrente stessa nella precedente autodichiarazione, che è invece, riferito al solo servizio di lavanolo di biancheria confezionata.

Ai fini dell'esclusione, tale certificazione è stata prodotta tardivamente e, pertanto, deve venire in considerazione unicamente quanto affermato dalla ricorrente in sede di partecipazione alla gara, senza poter invocare, nel caso di specie, il principio del soccorso o dell'integrazione desumibile, in materia di appalti pubblici, dall'art. 46 del Codice dei Contratti.

Tuttavia, l'esistenza oggettiva del fatturato, indicato nel certificato, costituisce elemento che configura l'esistenza della buona fede dell'impresa, con la conseguenza, come già affermato, che può riconoscersi una esimente in ordine all'escussione della cauzione e alla segnalazione dell'Autorità di Vigilanza, risultando pertanto, i relativi provvedimenti illegittimi.

Pertanto, il ricorso deve essere accolto, con la conseguenza che il provvedimento impugnato deve essere annullato con esclusivo riferimento all'incameramento della cauzione e alla segnalazione dell'Autorità di Vigilanza (di cui ai motivi aggiunti), restando, invece, legittima la disposta esclusione dalla gara.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 07/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2009

(Art. 55, l. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO