

N. 00511/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00120/2010 REG.RIC.



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 120 del 2010, proposto da:
Gemmas - General Management Service S.c. a r.l., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Nunzio Pinelli e Ada Innocente, con domicilio eletto presso
lo studio dell'avv. Paolo Stern, in Trieste, via Zanetti n. 8;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, rappresentato e difeso dall'avv. Renato
Fusco, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Trieste,
via Donata 3;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e
forniture, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento prot. n. 1399 del 22 dicembre 2009 di esclusione
della ricorrente dalla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di

pulizia degli edifici comunali per mancata comprova dei requisiti richiesti;

- del provvedimento prot. n. 51120 del 22 dicembre 2009 di escussione della polizza fideiussoria prestata a garanzia provvisoria;

- del provvedimento prot. n. 51105 del 22 dicembre 2009 di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

- delle note prot. n. 44295 del 4 novembre 2009, prot. n. 45175 del 10 novembre 2009, prot. n. 49741 del 14 dicembre 2009:

- ove e se possa occorrere, del bando e del disciplinare di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale dal quale sia potuto derivare pregiudizio al ricorrente e del quale lo stesso non ha mai avuto conoscenza;

per la condanna del Comune

- al risarcimento del danno, sia in forma specifica, che per equivalente;

- al risarcimento del danno eventualmente conseguente all'esercizio discrezionale del potere sanzionatorio di cui all'articolo 48, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lignano Sabbiadoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2014 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone la ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta per l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto per il servizio di pulizia degli edifici comunali per il periodo 1.01.2010 – 31.12.2014, indetta dal Comune di Lignano Sabbiadoro, con determinazione dirigenziale n. 508 del 12.05.2009.

Espone, altresì, di essersi classificata al secondo posto della graduatoria provvisoria, e di essere stata conseguentemente sottoposta al procedimento di verifica dei requisiti di cui all'articolo 48, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006. Il procedimento di verifica si è, tuttavia, concluso negativamente, ritenendo la stazione appaltante che la offerente non avesse comprovato il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale dell'aver realizzato un fatturato minimo derivante da attività identica a quella oggetto dell'appalto nel triennio 2006/2008.

Conseguentemente, la società Gemas – General Management Service S.c. a r.l. (nel prosieguo, *breviter*, Gemas S.c. a r.l.) impugna i provvedimenti in epigrafe indicati, con i quali il Comune di Lignano Sabbiadoro ha disposto l'esclusione della medesima dalla procedura di gara, l'escussione della polizza fideiussoria prestata quale cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, chiedendone, previa sospensione cautelare dell'efficacia, l'annullamento. La domanda

caducatoria è accompagnata da quella risarcitoria in forma specifica e per equivalente.

Due sono i motivi di illegittimità dedotti dalla ricorrente.

Con il primo motivo, rubricato “*Violazione e falsa applicazione dell’articolo 48, secondo comma, D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità manifesta ed erroneità nei presupposti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per illogicità manifesta, sviamento ed ingiustizia manifesta*”, sostiene la deducente che la norma di legge non impone l’utilizzo di determinati mezzi di prova, sicché in assenza - come nel caso di specie - di stringenti indicazioni da parte della *lex specialis* di gara, il concorrente ben potrebbe utilizzare lo strumento delle autocertificazioni. Ne consegue che avendo la società Gemas S.c. a r.l. comprovato con dichiarazione sostitutiva il possesso del requisito in discussione, illegittimamente il Comune ha adottato i provvedimenti sanzionatori impugnati.

Tanto più che, sempre secondo la tesi della ricorrente, che il potere sanzionatorio in esame può essere esercitato solo in presenza, alternativamente, di un’omissione, di un rifiuto o di un ritardo nella presentazione della documentazione, mentre la società Gemas S.c. a r.l. ha tempestivamente presentato la documentazione, salvo essere tale documentazione ritenuta non idonea dalla stazione appaltante. Sicché, non essendo imputabile alla concorrente la mancata comprova del requisito, non avrebbe potuto essere applicata alcuna sanzione.

Con il secondo motivo di ricorso, intitolato “*Violazione dell’art. 42 e del punto 17 dell’Allegato IXA al D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità manifesta ed erroneità dei presupposti. Eccesso di*

potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per illogicità manifesta, sviamento, ingiustizia manifesta”, la ricorrente insiste sulla possibilità di dimostrare il requisito del fatturato specifico anche con dichiarazione resa dallo stesso concorrente, laddove si tratti, come nel caso di specie, di servizi resi a favore di soggetti privati. Ne consegue che la società Gemas S.c. a r.l. ha comprovato il possesso del requisito e che illegittime sono le determinazioni assunte dalla stazione appaltante.

Si è costituito in giudizio il Comune di Lignano Sabbiadoro instando per il rigetto del ricorso avversario, siccome infondato. Osserva parte resistente come, sulla scorta anche di un parere reso dall’Autorità di vigilanza, nella fase della comprova dei requisiti di partecipazione non sia ammesso l’utilizzo delle dichiarazioni sostitutive.

Non si è costituita in giudizio l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, pure intimata.

Con ordinanza n. 57/2010, confermata in appello, questo Tribunale ha rigettato la domanda di tutela cautelare avanzata dalla ricorrente.

In vista dell’udienza di discussione, l’Amministrazione resistente ha depositato memoria difensiva, nella quale, oltre a ribadire le argomentazioni già svolte in controricorso, evidenziava come nelle more sia intervenuta la comunicazione da parte dell’Autorità di vigilanza di chiusura del procedimento avviato nei confronti della ricorrente per effetto della segnalazione qui impugnata, sicché per tale parte il ricorso andrebbe riconosciuto improcedibile.

Ed infatti, il difensore di parte ricorrente presente in udienza, su sollecitazione del Collegio, dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse.

All'udienza del 22 ottobre 2014 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso, nella parte in cui impugna la segnalazione all'Autorità di vigilanza (prot. n. 51105/2009), è improcedibile, ai sensi dell'articolo 35, comma 1, lett. c), Cod. proc. amm., per sopravvenuta carenza di interesse.

Per la parte restante il ricorso è infondato.

Risulta *per tabulas* che la società ricorrente in sede di presentazione dell'offerta avesse dichiarato, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 38, 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000, “di aver realizzato un fatturato specifico derivante da attività identica a quella prevista dal bando di gara nel periodo 2006-2007-2008 pari ad almeno € 118.707,44 all'anno”.

Risulta altresì che a fronte della richiesta della stazione appaltante di comprovare il suddetto requisito, la concorrente abbia presentato copie di attestazioni di Enti pubblici presso i quali erano stati resi servizi identici e copie di fatture a committenti pubblici e privati sempre per servizi identici, la cui conformità all'originale è stata, per tutte, attestata dal legale rappresentante della società Gemas S.c. a r.l..

A fronte dell'obiezione del Comune per cui la documentazione doveva essere presentata in originale ovvero in copia autenticata secondo le modalità di cui all'articolo 18, comma 2, D.P.R. n. 445/2000, l'interessata ha presentato per l'anno 2006 una propria dichiarazione relativamente ai servizi resi a committenti privati, nonché relativamente alla conformità all'originale di una serie di fatture ivi allegate, sempre resa dal legale rappresentante della società, ma con sottoscrizione autenticata da notaio.

Non vi è dubbio che tale documentazione non fosse idonea a comprovare il requisito dichiarato in sede di offerta, e che correttamente la stazione appaltante abbia adottato le misure sanzionatorie di cui all'articolo 48 D.Lgs. n. 163/2006.

Il Collegio, infatti, non trova ragione per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. I, sentenza n. 361/2014) per cui all'interno della procedura di gara occorre tenere distinta la fase di presentazione delle offerte da quella di verifica del possesso da parte degli offerenti dei requisiti di partecipazione. La prima fase è caratterizzata da esigenze di speditezza e di semplificazione degli incombenzi in capo ai partecipanti, cosicché risulta del tutto logica la possibilità per gli interessati di avvalersi delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000.

Di contro, nella successiva fase di verifica del possesso dei requisiti prevale l'interesse della stazione appaltante a contrarre con soggetto che sia in grado di rendere la prestazione, e di renderla secondo quello standard che integra l'adempimento del contratto. Ne consegue che il possesso dei requisiti di partecipazione, in quanto, per l'appunto, volto a garantire il dovuto interesse pubblico, non può più essere comprovato con autodichiarazione da parte dell'interessato, ma è necessario che risulti da documentazione probatoria vera e propria, prodotta in originale ovvero in copia sì autenticata, ma non dall'offerente medesimo, bensì da un pubblico ufficiale autorizzato a conferire pubblica fede.

D'altro canto, se così non fosse il subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti risulterebbe del tutto inutile, in violazione del

principio generale di non aggravamento dei procedimenti amministrativi, risolvendosi nella duplicazione di un controllo, quello sulle dichiarazioni sostitutive, che già viene svolto in sede di ammissione delle offerte. Ed, infatti, il disciplinare di gara, all'articolo 12, prevede espressamente che non si facesse luogo a verifica dei requisiti di capacità, laddove alla domanda di partecipazione fosse allegata, nella documentazione amministrativa, documenti in originale o in copia autentica ex articolo 18 D.P.R. n. 445/2000, in luogo della autocertificazione.

Il che consente anche di affermare l'infondatezza non solo in punto di diritto, come si è visto, ma anche in punto di fatto delle tesi di parte ricorrente, così come illustrate nel primo motivo di impugnazione. Non è affatto vero che la *lex specialis* di gara non prevedesse le modalità di comprova dei requisiti: dalla lettura del precitato articolo 12 del disciplinare di gara risulta, infatti, chiaro che era necessario produrre documenti in originale o in copia autenticata da pubblico ufficiale in grado di renderla fidefacente, e che non poteva essere sostituita tale documentazione da autodichiarazioni da parte dell'interessato.

Parimenti, non risulta condivisibile la distinzione che la difesa della ricorrente opera fra l'ipotesi disciplinata al comma 1 e quella regolata al comma 2 dell'articolo 48 del cd. Codice dei contratti, per cui solo ai concorrenti sorteggiati ai sensi del comma 1 sarebbe precluso l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive, non incontrando il medesimo limite l'aggiudicatario provvisorio e il secondo classificato, di cui parla il comma 2.

Anche a non voler considerare che di una simile distinzione non vi è traccia nel testo della disposizione, resta indubitabile come essa si opporrebbe alla *ratio* dell'istituto, che, come spiegato, è quella di tutelare l'interesse della stazione appaltante a contrarre con soggetto in grado di adempiere. D'altro canto, che il controllo sia il medesimo risulta evidente dalla previsione del comma 2 dell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, laddove stabilisce che non si faccia luogo a verifica nei confronti del primo e/o del secondo classificato se questi rientrano tra i soggetti sorteggiati ai sensi del comma 1. Il che si giustifica solo se si ritiene che il tipo di prova a cui sono assoggettati i partecipanti sia il medesimo, di talché, ancora una volta, reiterare l'incombente si tradurrebbe in un inutile appesantimento procedurale.

Nemmeno risulta condivisibile la tesi di parte ricorrente per cui difetterebbe nel caso di specie uno degli elementi costitutivi dell'illecito sanzionato con i provvedimenti impugnati, posto che nel caso di specie non si avrebbe né un'omissione, né un rifiuto, né un ritardo nella presentazione della documentazione, bensì la presentazione di documentazione non idonea. La presentazione di documentazione non idonea equivale alla mancata presentazione di documentazione (cfr., C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 810/2012): o l'interessata adempie all'incombente o non vi adempie. E la società Gemas S.c. a r.l. non ha adempiuto, non avendo prodotto dichiarazioni di terzi o documentazione contabile in originale ovvero in copia autenticata da pubblico ufficiale.

Né può ritenersi non imputabile alla stessa la condotta sanzionata, dato che la stazione appaltante aveva provveduto a segnalare le criticità e ad

indicare le modalità corrette per comprovare il possesso dei requisiti, concedendo tempo all'interessata per rimediare, nonostante la ritenuta perentorietà del termine normativamente fissato a carico dell'offerente per lo svolgimento dell'incombente.

In conclusione, la domanda di annullamento è infondata e, conseguentemente, è infondata, per difetto di illiceità della condotta dell'Amministrazione resistente, anche la consequenziale domanda di risarcimento, in entrambe le parti di cui si compone, così come riportate in epigrafe.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, a favore dell'unica Amministrazione intimata costituitasi, come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile, in parte lo rigetta, nei termini indicati in motivazione.

Condanna la società ricorrente a rifondere al Comune di Lignano Sabbiadoro le spese di lite, che liquida in complessivi Euro 3.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2014

IL SEGRETARIO

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