



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 893 del 2011, proposto da:

Telecom Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Lattanzi, Francesco Saverio Cantella, Fabrizio Naspi, con domicilio eletto presso l'Avv. Fabrizio Naspi in Ancona, via Ruggeri, 3/I;

***contro***

Comune di Jesi, rappresentato e difeso dall'avv. Michela Ninno, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

***nei confronti di***

SISGE Informatica S.r.l., non costituita;

***per l'annullamento, previa sospensione,***

- del verbale della seduta della commissione giudicatrice del 9 agosto 2011, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione del r.t.i. tra

Telecom Italia S.p.A. e BV Tech S.p.A. dalla gara per l'affidamento del servizio di assistenza e manutenzione hardware relativo ai sistemi di informatica distribuita (pc e periferiche) costituenti la rete telematica comunale, avviata dal Comune di Jesi con bando pubblicato sulla GURI e sul profilo del committente il 13 giugno 2011, aggiudicandosi provvisoriamente a favore della Sisge Informatica S.r.l.;

- della nota del 9 settembre 2011 prot. 31203 con la quale il Comune, nel riscontrare l'informativa di cui all'art. 243-bis del d.lvo n. 163/06, ha confermato il provvedimento di esclusione del Rti Telecom Italia, integrandolo con tre ulteriori profili motivazionali;

- della nota del 16 agosto 2011 prot. n. 28888 con la quale è stata comunicata al Rti Telecom, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del d.lvo n. 163/06, la predetta esclusione, allegandosi il relativo verbale;

in quanto occorrer possa: del disciplinare di gara e della determina a contrarre n. 681 dell'1.6.2011 ivi citata, nella parte in cui fossero interpretati nel senso di imporre la necessaria integrale comprova dei valori di fatturato dichiarati, anche se superiori a quelli minimi previsti per la partecipazione, di richiedere l'esecuzione del servizio analogo per almeno 12 mesi alla data di pubblicazione del bando, nonché di non ritenere sufficiente ai fini della comprova dei requisiti l'apposizione della firma sulla prima pagina del curriculum dei tecnici invece che sull'ultima; della nota del 20.7.2011 prot. n. 26055 con la quale veniva richiesta, ai sensi dell'art. 48 co. 1 d.lvo n. 163/06, la produzione della documentazione di comprova dei requisiti minimi di

partecipazione; del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove già adottato; dei provvedimenti di escussione della cauzione e di segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, se adottati nelle more;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche se non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Jesi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Visto il dispositivo di sentenza 11/11/2011, n. 849;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente (che in a.t.i. con BV Tech ha preso parte alla gara indetta dal Comune di Jesi per la manutenzione periodica degli apparati facenti parte della rete telematica comunale) è stata esclusa in sede di verifica sul possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica dichiarati nella domanda di partecipazione. In particolare, la commissione di gara ha ritenuto non provato né il requisito del fatturato globale relativo al settore oggetto di gara maturato nel

triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara, né quello relativo ai servizi specifici svolti nel medesimo periodo (a quest'ultimo riguardo, il bando richiedeva ai concorrenti di avere svolto, senza reclami, uno o più contratti di manutenzione comprendenti almeno 240 postazioni informatizzate e aventi la durata di almeno un anno).

2. In sede di riscontro del c.d. preavviso di ricorso, poi, il responsabile del procedimento ha indicato un ulteriore motivo di esclusione, ossia il fatto che i *curricula* dei tecnici da impiegare nell'espletamento del servizio da parte di BV Tech non erano siglati dagli interessati in calce ma solo sulla prima pagina.

3. Telecom censura l'operato del Comune per i seguenti motivi:

a) in relazione alla prima causa di esclusione, l'art. 12 del disciplinare non imponeva ai concorrenti di indicare gli estremi e la decorrenza dei contratti relativi a servizi analoghi, ma solo di indicare contratti aventi durata almeno annuale. La dichiarazione presentata da Telecom (in sostituzione della certificazione del committente privato, che si è rifiutato di rilasciarla) indica il committente privato, l'oggetto delle prestazioni, il numero delle postazione informatiche mantenute e il periodo di esecuzione. Pertanto, se avesse voluto una dichiarazione più specifica, il Comune lo avrebbe dovuto dire espressamente negli atti di gara;

b) la decorrenza del servizio era comunque desumibile dalle fatture allegare in copia (all'uopo Telecom ha allegato al ricorso copia dell'accettazione della proposta contrattuale – datata 12/5/2009 – e

del conseguente contratto stipulato con Cariparma in data 3/11/2009 ma avente decorrenza 1° giugno 2009 e durata annuale, prorogabile tacitamente);

c) l'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006 rimette alle stazioni appaltanti il compito di indicare nel bando i requisiti che i concorrenti debbono possedere e i relativi documenti probatori. Nella specie, la documentazione prodotta da Telecom rispecchia le previsioni del disciplinare di gara, e ciò è tanto vero che il Comune, nella nota di riscontro del preavviso di ricorso, è stato costretto ad invocare l'eterointegrazione del disciplinare ad opera dell'art. 42;

d) quand'anche fosse vero (ma Telecom non ritiene che il bando prevedesse ciò) che i contratti relativi a servizi analoghi dovessero avere avuto esecuzione per almeno dodici mesi alla data di pubblicazione del bando, essa ricorrente ha comunque prodotte fatture che dimostrano come il servizio fosse stato svolto a partire dal maggio 2010 (e dunque lo stesso aveva avuto esecuzione per dodici mesi alla data di pubblicazione del bando – 13/6/2011);

e) il fatto che nella dichiarazione presentata in sede di domanda di partecipazione lo stesso importo (€ 1.037.000,00) fosse stato riferito sia al fatturato specifico complessivo, sia all'importo annuale del contratto avente ad oggetto servizi analoghi è stato dovuto a mero errore materiale, atteso che l'unico contratto stipulato nel triennio e relativo a servizi analoghi è quello concluso con Cariparma;

f) l'art. 12 del disciplinare, ad ogni buon conto, non richiedeva che i contratti relativi a servizi analoghi fossero stati eseguiti da almeno un

anno alla data di pubblicazione del bando, ma che gli stessi avessero durata almeno annuale. La giurisprudenza, poi, afferma che i requisiti di partecipazione debbono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (nella specie, 1° luglio 2011);

g) in ogni caso, poi, stante la lettera del disciplinare di gara, la commissione, laddove avesse ritenuto sussistenti dubbi circa la documentazione versata dall'a.t.i. in sede di dimostrazione del possesso dei requisiti, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti, non rilevando più in questo caso la perentorietà del termine previsto dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006;

h) in subordine, se l'art. 12 del disciplinare fosse da interpretare nel senso patrocinato dalla commissione, allora la clausola sarebbe illegittima per violazione del principio di *clare loqui* e del c.d. *favor participationis*. Inoltre, si tratterebbe di clausola contraria ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, non essendovi dubbio alcuno sul fatto che l'a.t.i. è in possesso dei requisiti richiesti dal bando;

i) l'operato del Comune è illegittimo anche nella parte in cui ha ritenuto non provato il fatturato dichiarato dalle imprese associate all'a.t.i. In effetti, avendo le stesse dichiarato un fatturato enormemente superiore a quello minimo richiesto ai fini della partecipazione, per il Comune era sufficiente accertare, in base all'esame della documentazione trasmessa, il possesso del fatturato minimo (perché questa è la *ratio* dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici);

l) per quanto attiene la questione della mancata sottoscrizione dei *curricula* dei tecnici da impiegare nel servizio, si tratta di violazione non sanzionata dal bando con l'esclusione e comunque insussistente anche in fatto, essendo la firma apposta sulla prima pagina sufficiente a ricondurre al dichiarante la paternità del *curriculum*;

m) in via subordinata, sono illegittime, anche in via autonoma, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'A.V.C.P., atteso che non è stata resa alcuna falsa dichiarazione e dunque non sussiste nemmeno la colpevolezza.

4. Si è costituito il Comune, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 627/2011 è stata accolta a termine la domanda cautelare, al fine di consentire la verifica circa la corretta instaurazione del contraddittorio nei riguardi della controinteressata.

Sia il Comune che la ricorrente hanno provato che la sede legale di SISGE Informatica è quella riportata nella relata di notifica, per cui alla camera di consiglio del 10 novembre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione in forma immediata, ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm.

5. Il ricorso va accolto, per le ragioni che si vanno ad indicare. Preliminarmente, il Collegio osserva che le numerose censure formulate in ricorso sono persino sovrabbondanti rispetto ai profili in base ai quali è stata decretata l'esclusione (ma questo fa parte ovviamente della strategia processuale della ricorrente, la quale ha ritenuto di non trascurare alcuna evenienza, proponendo alcune delle doglianze solo in via subordinata), nel mentre la vicenda, dal punto di

vista sostanziale, non appare di difficile soluzione.

5.1. Per quanto attiene l'asserita mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'a.t.i. Telecom - B.V. Tech, il Collegio osserva che:

- il bando di gara richiedeva che la dimostrazione del possesso del requisito di capacità finanziaria fosse fornita mediante presentazione di copia dei bilanci di esercizio (per ciò che attiene il fatturato globale) e di certificati di buona esecuzione di contratti nel caso di servizi prestati in favore di soggetti pubblici o dichiarazioni rese dai committenti o dallo stesso concorrente nel caso di servizi svolti in favore di soggetti privati (per quanto attiene al fatturato conseguito in servizi analoghi);

- in relazione al primo profilo, sia Telecom che B.V. Tech hanno depositato copia dei bilanci di esercizio riferiti al 2008, 2009 e 2010 (da cui risulta un volume di affari enormemente superiore a quello minimo previsto dal bando), mentre in relazione all'altro profilo le stesse hanno prodotto fatture relative a due contratti di manutenzione di postazioni informatiche eseguiti per conto di due istituti bancari privati. L'unica anomalia è costituita dal fatto che la sommatoria degli importi di tali fatture in entrambi i casi ha dato un risultato inferiore al fatturato specifico dichiarato (nel caso di Telecom € 622.225,32 a fronte di € 1.037.000,00 dichiarati; nel caso di B.V. Tech € 1.055.922,75 a fronte di € 3.754.520,44 dichiarati), ma pur sempre di molto superiori al limite minimo previsto dal bando;

- per ciò che attiene al requisito del servizio analogo, oltre alle

dichiarazioni riepilogative redatte secondo lo schema allegato al bando (dichiarazioni provenienti dalle stesse imprese, trattandosi di servizi resi in favore di soggetti privati, successivamente non resisi disponibili a rilasciare certificati di buona esecuzione), sia Telecom che B.V. Tech hanno prodotto copie di fatture afferenti i suddetti appalti. Per quanto concerne in particolare Telecom, nelle fatture presentate è riportata l'indicazione "*Fatturazione manutenzione HW pro. del 12/05/2009 prot. ACQ/2009/000335*", oltre al destinatario delle fatture medesime e i bimestri di riferimento.

5.2. Ciò premesso, il Tribunale ritiene che l'a.t.i. Telecom abbia provato il possesso dei requisiti di partecipazione, atteso che:

- in primo luogo, non c'è alcuna questione relativamente alle dichiarazioni rese in sede di domanda di partecipazione (altrimenti l'a.t.i. sarebbe stata esclusa direttamente e non a seguito di verifica *ex art. 48*). Inoltre, era lo stesso bando di gara (pagina 7) a prevedere che, in caso di servizi svolti in favore di soggetti privati, la prova del possesso del requisito di cui al punto 2 (ossia lo svolgimento pregresso di servizi analoghi) andava fornita mediante autodichiarazione del concorrente, in cui fosse specificato il numero di postazioni mantenute (elemento che risulta dalla dichiarazione presentata da Telecom, sia in sede di gara che in sede di verifica dei requisiti di partecipazione);
- in secondo luogo, l'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 va interpretato nel senso che, in sede di verifica, non è necessario che il concorrente provi la sussistenza dei requisiti di partecipazione nella stessa misura

dichiarata in sede di domanda di ammissione, ma è sufficiente che venga provato il possesso dei requisiti minimi richiesti dal bando. Ogni altra interpretazione sarebbe contraria ad elementari principi di buon senso e non arrecherebbe alcun tangibile vantaggio agli interessi della stazione appaltante. Infatti, poiché per un principio generale vigente *in subiecta materia* (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, n. 5194/2005) i requisiti di partecipazione non possono concorrere a determinare i punteggi da attribuire alle offerte, è del tutto irrilevante che un concorrente, nella domanda di partecipazione, indichi un fatturato globale e/o specifico superiore a quello minimo richiesto dal bando (non derivandogli da ciò alcun vantaggio). Ne consegue la non sanzionabilità della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti “sovrabbondanti”, essendo sufficiente provare il possesso dei requisiti minimi di ammissione. Da questo deriva altresì l’irrilevanza della questione relativa al fatto che Telecom ha erroneamente riportato l’importo di € 1.037.000,00 sia quale fatturato specifico per il triennio 2008-2010 sia quale importo annuale del contratto avente ad oggetto un servizio analogo svolto nel medesimo triennio;

- in terzo luogo, va ricordato che nei rapporti fra soggetti privati (ed in particolare fra imprese) la conclusione dei contratti non richiede necessariamente la forma scritta e, in ogni caso, il contratto si perfeziona molto spesso attraverso lo scambio di corrispondenza commerciale (salvi ovviamente i negozi che richiedono *ad substantiam* la forma scritta). Nella specie, dalle fatture allegate da Telecom risultano il nominativo del committente privato, la tipologia

dell'appalto (aspetto sul quale peraltro il Comune non ha eccepito alcunché) e gli “estremi del contratto” (ossia gli estremi della corrispondenza commerciale intercorsa con il committente). Sia pure in maniera un po' contorta Telecom ha altresì dimostrato che il contratto in questione ha avuto durata almeno annuale. In effetti, sommando i periodi risultanti dalle fatture depositate inizialmente con quelle inviate a seguito della comunicazione del provvedimento di esclusione, si ottiene che l'appalto in questione ha avuto esecuzione almeno per l'anno antecedente la data di pubblicazione del bando (ma in realtà Telecom ha provato che il contratto *de quo* ha avuto esecuzione dal 1° giugno 2009). Premesso che sarebbe stato opportuno da parte di Telecom un maggiore riguardo per le esigenze di chiarezza della commissione di gara e, in ultima analisi, della stazione appaltante (trattandosi di materia delicata, presidiata anche da norme penali), nella sostanza l'a.t.i. Telecom – B.V. Tech ha dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica richiesti dal bando ai fini della partecipazione. Per quanto riguarda la prova che i servizi analoghi sono stati svolti “senza reclami”, attesa l'indisponibilità del committente privato a rilasciare dichiarazione in tale senso, non si vede in quale altro modo Telecom avrebbe potuto fornire tale prova, se non ripetendo la dichiarazione già contenuta nella domanda di partecipazione.

5.3. Per quanto concerne la questione della mancata sottoscrizione dei *curricula* dei tecnici che B.V. Tech intende impiegare nell'esecuzione dell'appalto, si tratta di vizio che, ove sussistente, ha natura

meramente formale. In effetti, tenuto conto del fatto che nessuno ha posto in dubbio il fatto che la firma apposta sulla prima pagina di ciascun documento appartiene al soggetto al quale il *curriculum* si riferisce, ci si deve chiedere per quale motivo è stata volutamente presentata una documentazione che avrebbe potuto invalidare l'intera offerta. Poiché non è rinvenibile una risposta plausibile, si deve ritenere che i tecnici di B.V. Tech hanno volutamente apposto la sottoscrizione solo sulla prima pagina, ritenendola sufficiente a garantire la provenienza delle dichiarazioni. Questa conclusione è rafforzata sia dal fatto che il preteso vizio di forma riguarda tutti i *curricula* in questione, sia dal fatto che – stando almeno alla documentazione depositata in giudizio dal Comune – i documenti in questione erano contenuti in unico foglio (stampato “fronte-retro”), per cui vi era congiunzione anche fisica fra le due pagine di cui si componeva ciascun *curriculum*. B.V. Tech ha altresì allegato a ciascun documento il cedolino stipendiale del tecnico, a dimostrazione della sussistenza del rapporto di lavoro.

6. In conclusione, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione dell'a.t.i. Telecom Italia – B.V. Tech e della successiva eventuale segnalazione all'A.V.C.P. La portata della presente decisione investe ovviamente anche l'escussione della cauzione provvisoria.

Non deve farsi luogo a pronuncia sulla sorte del contratto, non avendo il Comune dedotto di averlo stipulato nelle more del giudizio.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie, nei termini di cui in motivazione;
- condanna il Comune di Jesi al pagamento in favore di Telecom Italia S.p.A. delle spese di giudizio (che si liquidano in € 2.000,00, oltre ad accessori di legge) ed al rimborso del contributo unificato, secondo la disposizione di cui all'art. 13, comma 6-*bis*.1 del T.U. n. 115/2002.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2011

IL SEGRETARIO

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