



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 la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 418 del 2012, proposto da:
Cooperativa Copura - Cooperativa Pulizie Ravenna - Soc. Coop.,
rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Sabadini e Riccardo
Marletta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in
Milano, piazza Duse, 3;

contro

Comune di San Donato Milanese, rappresentato e difeso dall'avv.
Luigi Giuliano, presso il cui studio è domiciliato, in Milano, via F.
Cavallotti, 13;

nei confronti di

Miorelli Service s.p.a., non costituita;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara per l'aggiudicazione di

appalto di servizi di pulizia degli immobili comunali C.I.G.,
3413370208 prot. 0000615 del giorno 11 gennaio 2012 class. 04/08
comunicato in via fax il giorno 11 gennaio 2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Donato
Milanese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2012 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 e DIRITTO

I) La cooperativa ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per
l'affidamento triennale dei servizi di pulizia degli immobili comunali,
indetta dal Comune di San Donato Milanese con bando pubblicato
in G.U.C.E. il 26 ottobre 2011.

Il disciplinare di gara richiede ai concorrenti, tra i requisiti di natura
economica finanziaria (lett. 6.12), l'aver “realizzato nel triennio
2008/2010 un fatturato per servizi di pulizia civile presso
Amministrazioni Pubbliche complessivo di almeno € 500.000,00 Iva
esclusa”.

Detto requisito doveva essere dimostrato “attraverso dichiarazione

rilasciata da Pubbliche Amministrazioni”. L’ultimo capoverso dell’art 6 stabilisce poi che “tutti i requisiti suddetti devono essere posseduti a pena di esclusione”.

La cooperativa ricorrente ha dichiarato il possesso del requisito, allegando la dichiarazione del Consorzio CNS di Bologna, alla quale è associata, che attesta la realizzazione da parte di Copura dei servizi di pulizia per il fatturato richiesto.

La stazione appaltante ha però ritenuto che la documentazione prodotta non fosse “sufficiente per soddisfare i requisiti previsti dall’istituto dell’avvalimento (art 49 D. Lsg. 163/2006)” e non costituisca documentazione idonea perché non rilasciata da pubbliche amministrazioni, precisando altresì che ai sensi del disciplinare di gara, “i requisiti suddetti devono essere posseduti a pena di esclusione”.

Il provvedimento di esclusione, è stato impugnato, con il presente ricorso, per i seguenti profili di illegittimità:

- 1) eccesso di potere per erroneità del riferimento alla procedura di avvalimento, errata interpretazione dell’art 49 D. Lgs. 163/2006, errore nell’interpretazione dei documenti del bando, travisamento di fatto: la cooperativa possiede i requisiti del fatturato e non è mai ricorsa all’avvalimento;
- 2) eccesso di potere per erronea valutazione della documentazione di gara e degli atti del concorrente; erronea interpretazione dell’art 34 D. Lgs. 163/2006: le attestazioni del Centro Nazionale Servizi

provano la sussistenza del requisito del fatturato;

3) eccesso di potere per errore nell'interpretazione del bando: la mancata presentazione delle attestazioni non è indicata come causa di esclusione dalla gara.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 295 del 29 febbraio 2012 la domanda cautelare veniva accolta, sull'assunto che "l'esclusione è espressamente correlata all'assenza del requisito di partecipazione e non può quindi estendersi alla mancata dichiarazione della Pubblica Amministrazione; in assenza di una espressa previsione di esclusione per la mancata dichiarazione sopra indicata, si poneva l'obbligo, per la stazione appaltante, di azionare il cosiddetto dovere di soccorso".

In data 24 aprile 2012 la ricorrente ha depositato una memoria, facendo presente di essere risultata aggiudicataria del servizio oggetto della gara.

All'udienza dell'11 maggio 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione dal Collegio.

2) Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Come già evidenziato in sede cautelare, vanno distinti due profili: il requisito relativo alla capacità economica finanziaria, *id est* aver realizzato un fatturato di un determinato valore nel triennio 2008/2010, dalla prova di detto requisito, da effettuarsi attraverso la dichiarazione rilasciata dalla P.A.

La clausola del disciplinare precisa che i requisiti (contemplati nei punti da 6.1 a 6.15), devono essere posseduti a pena di esclusione, mentre per quanto riguarda la prova del loro possesso, il disciplinare non prevede alcuna clausola di esclusione nel caso di dimostrazione resa con modalità differenti da quelle prescritte.

Pertanto già una prima interpretazione letterale della *lex specialis* deve portare all'accoglimento del terzo motivo di ricorso, in cui si lamenta l'errata interpretazione del disciplinare, che "non prevede che il mancato deposito dell'attestazione sia motivo di esclusione".

La stazione appaltante ha invece escluso la partecipante, ritenendo non idonea a comprovare il possesso del requisito suddetto, la dichiarazione del consorzio di appartenenza.

Al fine di collocare nella giusta prospettiva la censura in esame, occorre richiamare l'orientamento giurisprudenziale per il quale le clausole di esclusione poste dalla disciplina di gara pubblica sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione.

Ragionevolmente, dunque, era dato concludere, per il combinato disposto delle clausole del disciplinare relative l'una al possesso del requisito della capacità economica (richiesto a pena di esclusione), l'altra alla prova dello stesso requisito (non assistita da analoga

clausola escludente), che la mancata dimostrazione del possesso della capacità economica, secondo la modalità della dichiarazione rilasciata dalla PA, non potesse portare all'esclusione.

E allora, in assenza di una espressa clausola di esclusione, sussisteva l'onere dell'Amministrazione di esercitare il proprio dovere di soccorso ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e provvedere a richiedere chiarimenti circa il rapporto tra il Consorzio e la Cooperativa ovvero un'integrazione della documentazione.

Si deduce infatti dalla lettera di esclusione, laddove richiama l'istituto dell'avvalimento (totalmente estraneo alla fattispecie in esame) che la stazione appaltante ha travisato la natura del rapporto tra il Consorzio e la Cooperativa: Copura infatti non ha invocato l'applicazione dell'art 49 del D. Lgs. 163/2006, in quanto possiede in proprio i requisiti di fatturato, perché i servizi analoghi sono stati effettuati direttamente dalla stessa con proprio personale.

Essa, infatti, è impresa consorziata al CNS, organismo, questo, che non essendo dotato di struttura esecutiva, svolge attività commerciale e partecipa alle gare per le proprie consorziate, al fine di acquisire lavori o servizi, che affida alle proprie associate, le quali eseguono direttamente le prestazioni oggetto di gara.

Un rapporto, quindi, che nulla ha in comune con l'avvalimento, in cui invece, vi è un impegno, da parte di una impresa, rivolto a consentire la disponibilità dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari a favore di altra impresa concorrente, che ne sia sprovvista

al fine della partecipazione alla gara.

Nel caso di specie, la Cooperativa Copura non potrebbe neppure “avvalersi” dei mezzi economici della CNS, in quanto il Consorzio non ha una struttura per svolgere i servizi, che vengono poi realizzati dalle consorziate: nelle dichiarazioni prodotte a riprova della capacità tecnico finanziaria della partecipante, viene infatti attestato che il servizio è stato affidato per l’esecuzione alla ricorrente.

Per le ragioni sopra riportate il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della Cooperativa ricorrente.

La domanda di risarcimento deve invece essere respinta, attesa l’estrema genericità della stessa ed avendo comunque la ricorrente, mediante la riammissione disposta in sede cautelare, conseguito in forma specifica l’utilità cui aspirava.

Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento impugnato.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 maggio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Dario Simeoli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2012

IL SEGRETARIO

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