



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 250 del 2010, proposto da:

Società Intercontinental Transport Agency s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Filippo Maria Salvo presso il cui studio in Roma, Corso Trieste, n. 85 è elettivamente domiciliato;

contro

ICE - l'Istituto Nazionale per il Commercio Estero in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 domicilia;

nei confronti di

Società Cooperativa Romana Manutenzioni '80 in persona del legale rappresentante p.t., n.c.g.;

per l'annullamento

della nota a prot. n. 4369 del 6 novembre 2009 inerente la revoca della aggiudicazione dell'appalto a procedura aperta per l'affidamento del servizio di facchinaggio presso gli uffici della sede ICE CIG 0325964200, nonché di ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale ivi compresa l'eventuale segnalazione inviata all'AVCP all'incameramento della cauzione, alla aggiudicazione provvisoria/definitiva della gara de qua alla stipula del contratto o alla consegna sotto riserva;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ice - Istituto Per il Commercio Estero;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2012 il dott. Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato all'Istituto in epigrafe in data 31 dicembre 2009 e depositato il successivo 12 gennaio 2010, la società ricorrente espone di avere partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento del servizio di facchinaggio presso gli uffici della sede dell'Istituto Nazionale per il Commercio Estero, aggiudicandosela in via provvisoria. Tuttavia, a seguito del controllo sul possesso dei requisiti, l'interessata veniva trovata sprovvista del

requisito del fatturato specifico, essendo questo attribuibile ad altro soggetto – la CITOR s.r.l. - il cui amministratore possedeva anche quote della stessa ITA ricorrente, ottenendo quindi la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, con incameramento della cauzione e segnalazione all'AVCP.

Avverso la parte del provvedimento riguardante la segnalazione all'AVCP la ricorrente deduce:

1. Violazione dell'art. 97 Cost., violazione degli articoli 6, 41 e 42 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 2006, violazione degli articoli 1655 – 1677 c.c., violazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, eccesso di potere per travisamento e sviamento violazione del clare loqui, violazione del principio del giusto procedimento.

2. Sull'incameramento della cauzione deduce: violazione dell'art. 97 Cost., violazione degli articoli 3, 6, 41, 42 e 75 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 2006, violazione dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, violazione delle condizioni generali di partecipazione e di contratto, eccesso di potere per travisamento e sviamento violazione del clare loqui, violazione del principio del giusto procedimento, violazione del principio di proporzionalità.

3. Sulla revoca della aggiudicazione oppone: violazione dell'art. 97 Cost., violazione degli articoli 6, 41 e 42 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 2006, violazione delle condizioni generali di partecipazione e di contratto, eccesso di potere per travisamento e sviamento violazione del clare loqui, violazione del principio del giusto procedimento e del principio di massima partecipazione

Conclude per l'accoglimento dell'istanza cautelare e del ricorso.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio rassegnando conclusioni opposte a quelle della ricorrente.

Alla Camera di Consiglio del 4 febbraio 2010 l'istanza cautelare è stata cancellata dal ruolo ed all'udienza pubblica del 5 luglio 2012 il ricorso è stato rinviato a quella odierna del 16 luglio alla quale è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è parzialmente fondato e va pertanto accolto come di seguito precisato.

Con esso la società ricorrente, che ha partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento del servizio di facchinaggio presso gli uffici della sede dell'Istituto Nazionale per il Commercio Estero per un importo annuo pari ad Euro 106.500,00 più IVA risultandone aggiudicataria provvisoria, impugna la nota con la quale, in sede di controllo sul possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 non sono risultati confermati i dati forniti in ordine al requisito del fatturato specifico.

In particolare l'atto gravato reca tre disposizioni:

“- la revoca dell'atto a prot. n. 4000 del 7 ottobre 2009 di aggiudicazione provvisoria della gara per il servizio di facchinaggio presso gli uffici della sede dell'ICE per il periodo 2010 – 2012;

- l'incameramento ai sensi dell'art. 48, comma 2 del d.lgs. 163/2006 della cauzione provvisoria;

- la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11 del d.lgs. n. 163/2006.”

2. Con la prima censura la ricorrente oppone che la clausola del disciplinare prevedeva che il partecipante alla gara dovesse dimostrare “Fatturato specifico ed elenco dei principali servizi” mediante “certificati di buona esecuzione vistati da committenti pubblici o dichiarazioni di buona esecuzione, rilasciate e vistate dai committenti privati” e la ricorrente ha appunto indicato come “destinatario del servizio “ il Ministero degli Affari Esteri a nulla rilevando che il requisito del fatturato specifico sia stato attestato da un soggetto privato, perché scopo della norma è ottenere la dimostrazione che sia pubblico il soggetto per il quale il servizio è stato svolto. Quindi la scheda di partecipazione fornita dall'Amministrazione è equivoca.

2.1 In punto di fatto il bando al punto III.2.2 prevedeva che le partecipanti dovessero indicare il fatturato globale relativo agli ultimi tre esercizi ed il fatturato specifico relativo all'oggetto dell'appalto degli ultimi tre esercizi.

Stabiliva pure i livelli minimi di capacità e specificava che

- non sarebbero stati ammessi a partecipare alla gara gli operatori economici che non abbiano raggiunto nel triennio considerato un fatturato globale minimo almeno pari a 640.000 euro esclusa IVA

- non sarebbero stati ammessi a partecipare alla gara gli operatori economici che non abbiano raggiunto nel triennio considerato un fatturato specifico minimo di 320.000,00 euro esclusa IVA.

La ricorrente ha dimostrato il fatturato globale avvalendosi di quello della AZ CASA SERVICE soc. coop. che lo ha conseguito per il triennio 2006 – 2008 come equivalente ad Euro 921.998,14.

Come fatturato specifico, inizialmente e cioè con la documentazione presentata in sede di offerta, ha dichiarato, come fosse proprio, un fatturato pari a 110.847 Euro per gli anni 2008, 2007 e 2009 (enunciato in quest'ordine nel modulo di partecipazione) a favore del Ministero degli Affari Esteri e quindi pari a complessivi Euro 332.541,00 superiore a quello minimo previsto dal bando. In sede di controllo si è verificato che il fatturato specifico era stato realizzato per conto della C.I.T.Or s.r.l. (certificazione in data 9 ottobre 2009 del Ministero degli Affari Esteri per il 2008, dichiarazioni della C.I.T.Or s.r.l. in data 15 ottobre 2009 per il 2006 ed il 2007).

Quindi, mentre per quanto riguarda il fatturato globale dichiarato tramite avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 non vi è questione di sorta, in quanto tale contratto era espressamente previsto al punto 3.3 delle Condizioni Generali di partecipazione e di contratto, invece per il fatturato specifico la ricorrente non ha dichiarato di avvalersi del requisito di un'altra e tale osservazione risulta pure dall'istruttoria effettuata dall'ICE con nota a prot. 4254 del 21 ottobre 2009, laddove si evidenzia che "la citata documentazione non consente di comprendere la natura della relazione intercorrente fra la C.I.T.Or s.r.l., mai menzionata nei documenti di partecipazione alla gara e codesta società."

Ora, chiarito che per come risulta dalle dichiarazioni della C.I.T.Or s.r.l. il servizio è stato svolto dalla ricorrente "per conto" della prima, al Collegio appare che, ferme restando la revoca dell'aggiudicazione e l'incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, la conseguenza della segnalazione del fatto all'A.V.C.P. ai sensi dell'art. 6, comma 11 del medesimo decreto legislativo sia piuttosto grave e non rispondente alle finalità della norma.

Quest'ultima, per quel che ne riguarda, stabilisce l'irrogazione di una sanzione pecuniaria da parte dell'Autorità anche nei confronti "degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione."

Nel caso in specie la ricorrente ha chiarito il rapporto esistente tra lei stessa ITA e la CITOR; il capitale societario della attuale ricorrente è completamente intestato al legale rappresentante in virtù di un atto di cessione di quote provenienti dal padre che è intestataria dell'80 % delle quote della CITOR. Tale situazione societaria che vede coinvolti in due differenti società delle quali una è la gemmazione dell'altra è all'origine, con tutta probabilità, della imprecisa indicazione sul fatturato specifico effettuato dal legale rappresentante della società ricorrente, ma non appare così grave da inverare quella dichiarazione "non veritiera" circa il possesso del requisito di qualificazione al verificarsi della quale la norma impone la segnalazione all'Autorità al fine dell'irrogazione della sanzione pecuniaria.

Anche se tale circostanza non toglie che il legale rappresentante della società ricorrente avrebbe dovuto prestare una maggiore cura ed attenzione alla lettera del bando che comminava l'esclusione dall'ammissione per gli operatori economici che non avessero raggiunto nel triennio considerato un fatturato minimo di Euro 320.000,00 tuttavia la disposta revoca e l'incameramento della cauzione paiono sufficienti sanzioni per tale leggerezza, proprio nella considerazione della dinamica societaria cui è andata incontro la società ricorrente e che può avere ingenerato

tale errore di valutazione della lettera del bando, per appartenere le due società in sostanza alla stessa famiglia.

2.2. Non appare invece condivisibile la seconda doglianza con la quale la società ricorrente lamenta che nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici esiste un principio di bilanciamento tra il dovere dell'amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai ricorrenti ed il principio della par condicio tra i concorrenti medesimi e che va individuato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale. L'integrazione non è consentita laddove si risolve in un chiaro vulnus della parità di trattamento, ma nel caso in esame la ricorrente alle richieste di chiarimenti dell'amministrazione si è limitata a fornire spiegazioni.

Il ragionamento dell'interessata può facilmente essere capovolto proprio sulla base del principio di affidamento. Le società partecipanti alla gara hanno tutte fatto affidamento sulla lettera del bando che non si prestava ad equivoci, laddove comminava l'esclusione dalla ammissione alla gara nei confronti di quanti non avessero dimostrato il requisito del fatturato specifico nel triennio nei modi di legge e quindi non vi era nulla da integrare o da chiarire sull'argomento. L'unica chance in assenza di un requisito di capacità o di una sua limitatezza è offerta dalla integrazione del soggetto mediante le formule soggettive del raggruppamento temporaneo, del consorzio e dell'avvalimento, come indicato dalle Condizioni generali della gara. E per giurisprudenza costante sulla materia laddove le clausole contrattuali sono chiare non vi è necessità di approfondimenti e chiarimenti, che nel caso specifico sono stati richiesti in quanto la ricorrente è risultata aggiudicataria provvisoria, e proprio nel rispetto del principio della par condicio di quanti avevano fatto affidamento sulla non equivocità della *lex specialis*. Chiarissimo sul punto TAR Sicilia, Catania sezione III, 7 aprile 2011, n. 854 “...l'integrazione documentale può riguardare esclusivamente chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali, e non la violazione di precise e chiare prescrizioni del bando, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della par condicio dei concorrenti, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza.”.

Né può pretendersi di ritenere valida la documentazione prodotta dalla ricorrente in sede di chiarimenti ed acclusa alla nota del 2 novembre 2009 con la quale la stessa sostiene che “Dalla analisi della documentazione qui vi depositata, si evince facilmente come la scrivente impresa è giunta a comprovare pienamente i requisiti di *lex specialis* in ordine al fatturato generico e specifico, e ciò a prescindere dal rapporto instauratosi con la CITOR, del quale ad ogni buon conto si dirà in seguito”. E a prescindere che la ricorrente appare far riferimento ancora una volta ai suoi rapporti con la AZ nei confronti della quale ha dichiarato un contratto di avvalimento solo per il fatturato globale e non per quello specifico, tale dimostrazione appare viepiù costituire una integrazione postuma delle condizioni di partecipazione alla gara, del tutto inammissibile, con relativa legittimità delle sanzioni irrogate tranne che della segnalazione all'AVCP, per come sopra chiarito.

2.3. Con la terza censura la società interessata osserva che in realtà il controllo dell'amministrazione si è concretizzato in un formalistico accertamento circa la completezza della documentazione senza accertare sostanzialmente i requisiti richiesti.

La contestazione della censura è parzialmente offerta da quella precedente. In particolare occorre pure ribadire che, nel momento in cui l'Istituto ha verificato il mancato possesso del requisito sostanziale e tutt'altro che formale di capacità economica in capo alla ricorrente, la conseguenza non poteva che essere la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, stante la chiara lettera del bando che comminava proprio la esclusione dalla ammissione alla partecipazione alla gara. L'istituto ha pure specificato di avere richiesto, e dunque di aspettarsi da parte della ricorrente, una qualche documentazione che dimostrasse il rapporto intercorrente con la CITOR, se di raggruppamento o di subappalto si trattasse o che producesse un qualunque altro titolo che giustificasse la

circostanza che la ricorrente si era potuta avvalere del fatturato di un'altra società, ma che in assenza di tale dimostrazione, ancora una volta, la conseguenza non ha potuto che essere quella della revoca dell'aggiudicazione e sulla base di una indagine tutt'altro che formalistica, con conseguente reiezione di tale aspetto della censura.

3. Per le superiori considerazioni il ricorso va soltanto in parte accolto e l'atto dell'ICE a prot. n. 4369 del 6 novembre 2009 va annullato nella parte in cui ha disposto la segnalazione del fatto all'AVCP ai sensi dell'art. 6, comma 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 e per il resto va respinto.

4. La soccombenza solo parziale giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie come in motivazione indicato e per l'effetto annulla l'atto dell'ICE a prot. n. 4369 del 6 novembre 2009 nella parte in cui ha disposto la segnalazione del fatto all'AVCP ai sensi dell'art. 6, comma 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 e per il resto lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

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