



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4363 del 2012, proposto da:

Comer Servizi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Valerio Barone, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, piazza Sannazzaro, n. 71;

contro

- G.O.R.I. Gestione Ottimale Risorse Idriche Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lipani, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via Ponte di Tappia, n. 47

- Commissione giudicatrice e Responsabile del procedimento di gara, non costituiti;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 0066297/2012 del 21/09/2012, recante l'esclusione della COMER dalla procedura aperta per l'affidamento di servizi di rilevazione consumi mediante lettura degli apparecchi di misura installati presso le utenze GORI, verifica e normalizzazione delle informazioni dell'anagrafica e riscossione stragiudiziale del credito presso le utenze; del verbale della Commissione giudicatrice in data 18/9/2012; della nota prot. n. 66756 del 24/9/2012 inviata all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici; nonché degli atti connessi; con condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.O.R.I. Gestione Ottimale Risorse Idriche Spa;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Con ricorso notificato il 18/10/2012, la società COMER Servizi, unico partecipante alla procedura aperta per l'affidamento con durata di 36 mesi dei servizi di rilevazione consumi mediante lettura degli apparecchi di misura installati presso le utenze GORI, verifica e normalizzazione delle informazioni dell'anagrafica e riscossione stragiudiziale del credito presso le utenze, bandita dalla GORI Gestione Ottimale Risorse Idriche Spa, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impugna gli atti epigrafe concernenti la propria esclusione dalla gara, pertanto dichiarata deserta, con invio della segnalazione dell'Autorità di Vigilanza

sui Contratti Pubblici ed escussione della cauzione.

Nella circostanza, la società ricorrente rappresenta che la procedura in esame sarebbe stata bandita in data 31/5/2012, dopo che una precedente gara avente il medesimo oggetto era stata dichiarata deserta a seguito dell'esclusione dell'unica concorrente; sennonché sul ricorso giurisdizionale proposto dalla suddetta ditta, il TAR Campania, dopo un'iniziale reiezione della domanda cautelare, con sentenza della sez. I, n. 3490 del 18/7/2012, avrebbe annullato gli atti impugnati determinando la riattivazione della originaria procedura.

La GORI si è costituita in giudizio resistendo all'impugnativa.

Con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 873 del 13/3/2013, la domanda incidentale di tutela cautelare è stata accolta, in riforma dell'ordinanza del TAR Campania, sez. I, n. 1579 del 21/11/2012.

DIRITTO

1. La ricorrente è stata esclusa dalla gara per non aver dimostrato il possesso del requisito previsto dal punto 12, lett. b), dell'istanza di ammissione alla gara (art. III.2.3, punto 1, del bando: svolgimento con esito positivo, negli ultimi tre anni anteriori alla pubblicazione del bando in data 2/6/2012, di servizi analoghi alla prestazione principale messa in gara per un ammontare di almeno euro 8 milioni), presentando copie di certificazioni dalle quali si ricaverebbe un importo complessivo per servizi realizzati con esito positivo di valore inferiore, posto che da alcuni certificati non risulterebbe "l'esito positivo".

In particolare, la ricorrente ha prodotto, in sede di verifica effettuata ai sensi dell'art. 48, co. 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, un certificato con il quale la Iren Emilia si è limitata ad attestare gli importi fatturati dalla SOSEL (impresa ausiliaria) per il servizio di lettura contatori svolto nei comuni di Reggio Emilia, Parma e Piacenza nel periodo dal 1/6/2009 al 31/5/2012.

Con il ricorso in esame, si deduce nel merito che:

- l'esclusione non sarebbe dovuta alla mancata produzione di documenti, ma deriverebbe da una controversa interpretazione dell'effettivo significato di alcuni documenti prodotti dalla ricorrente; la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il potere di soccorso previsto dall'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006; tanto più che la documentazione mirava a dimostrare la veridicità di quanto già attestato dalla concorrente; la possibilità di chiedere chiarimenti ed integrazioni sarebbe ammessa dalla determinazione dell'AVCP n. 5 del 21/5/2009 e sarebbe opportuna al fine di evitare controversie, senza pregiudizio per la parità di trattamento trattandosi di unica concorrente in gara;

- la determinazione sarebbe viziata da sviamento essendo finalizzata a risolvere la coincidenza di due procedure di gara derivante dalla sentenza del Tribunale amministrativo n. 3490/2012;

- l'art. 42, co. 1, lett. a), del d. lgs. n. 163 del 2006, come pure l'art. 3 del disciplinare di gara non contemplerebbero la necessità di comprovare l'esito positivo delle prestazioni certificate; il rilascio dell'attestazione sarebbe possibile solo in caso di regolare esecuzione delle prestazioni, per cui i certificati prodotti dalla ricorrente sarebbero idonei ad attestare il buon esito dei servizi; in base agli artt. 324 e 325 del d.P.R. n. 207 del 2010 il pagamento di un appalto di servizi, e quindi la fatturazione dei relativi importi, sarebbe possibile solo a seguito dell'emissione dell'attestazione di regolare esecuzione o di verifica della conformità.

Le censure non hanno fondamento.

1.1. Il requisito di capacità tecnica previsto dal bando di gara riguarda la esecuzione con esito positivo di servizi analoghi a quelli messi in gara.

Il disciplinare di gara richiede una apposita dichiarazione del concorrente in ordine al possesso del requisito; tale dichiarazione è sottoposta a verifica, ai sensi dell'art. 3, mediante la presentazione di apposite certificazioni o attestazioni idonee a dimostrare il possesso dei corrispondenti requisiti, e quindi non solo lo svolgimento di un

servizio, ma anche il risultato positivo del medesimo.

Orbene è pacifico che l'attestazione della Iren Emilia, prodotta dalla ricorrente e necessaria per raggiungere l'ammontare richiesto dal bando per il requisito di capacità tecnica, si limita ad attestare gli importi fatturati dall'appaltatore, senza ulteriori indicazioni sulla qualità delle prestazioni eseguite.

Senonché la fatturazione di per sé comprova che l'esecutore del servizio vanta un diritto per le prestazioni eseguite, ma nulla emerge in ordine all'effettuazione di verifiche di conformità in corso di esecuzione né tanto meno conclusive, ovvero all'insussistenza di eventuali contestazioni, nonché al pagamento del saldo delle prestazioni ovvero allo svincolo delle cauzioni.

Ne consegue che la documentazione prodotta non è sufficiente a dimostrare il possesso del requisito in questione.

1.2. Resta da esaminare se nella specie la stazione appaltante ha mancato di esercitare il cd. potere di soccorso, previsto dall'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Tale disposizione prevede che "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Senonché nella specie si è testualmente fuori dell'ambito applicativo di tale norma, poiché la documentazione in questione è stata chiesta e presentata in base all'art. 48, co. 1, dello stesso d. lgs. n. 163, ripreso dall'art. 3 del disciplinare di gara, secondo cui le stazioni appaltanti controllano il possesso dei requisiti richiedendo ai concorrenti sorteggiati la produzione della relativa documentazione probatoria della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima.

La giurisprudenza ha chiarito che il termine previsto dal suddetto art. 48 ha natura perentoria (cfr. Cons. St., sez. IV, 16/2/2012, n. 810), come del resto viene avvertito dal disciplinare di gara; tant'è che la medesima disposizione precisa espressamente che "quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità ...".

Ciò significa che l'esclusione dalla gara interviene, oltre che nel caso di produzione mancata o tardiva di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti, anche nel caso di produzione di documentazione che neghi o che non sia sufficiente a confermare le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione alla gara.

E' pertanto da escludere che la perentorietà del termine previsto dall'art. 48 possa essere derogata o vanificata dal potere di chiedere integrazioni e chiarimenti documentali in forza dell'art. 46, posto che le due disposizioni rispondono a presupposti e finalità differenti consistenti per un verso a delimitare, in ossequio al principio della massima partecipazione, le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare e, per altro verso, a tutelare la correttezza e la speditezza della procedura concorsuale.

1.3. Pertanto, gli atti impugnati hanno natura essenzialmente vincolata all'osservanza della normativa vigente in materia, per cui non si configura l'esercizio di un potere discrezionale nelle determinazioni della specie riguardanti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti in una procedura concorsuale.

Ne consegue che non può trovare considerazione la deduzione di profili sintomatici dell'eccesso di potere, quale lo sviamento.

2. Le considerazioni che precedono valgono anche ad escludere l'ingiustizia del danno lamentato dalla società ricorrente quale presupposto necessario per il riconoscimento della responsabilità della stazione appaltante, con conseguente infondatezza della pretesa risarcitoria.

3. Il ricorso in esame va pertanto respinto.

Attese le peculiarità della vicenda e delle questioni trattate, si ravvisano tuttavia giusti motivi per compensare tra le

parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2013

IL SEGRETARIO

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