

N. 00920/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01178/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1178 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ecoter s.r.l. e Esa s.r.l. nella qualità, rispettivamente, di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento Ecoter-Esa, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Guarino, Cecilia Martelli e Saverio Profeta, con domicilio eletto presso Saverio Profeta in Bari, via Cognetti, 25;

contro

Regione Puglia, rappresentata e difesa dall'avv. Sabino Persichella, con domicilio eletto presso Sabino Persichella in Bari, via Principe Amedeo, 197;

nei confronti di

Ecosfera V.I.C. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione con la quale la Regione Puglia, quale stazione appaltante, ha escluso il costituendo raggruppamento Ecoter-Esa dalla gara di appalto indetta il 26.3.2010 ed avente ad oggetto la prestazione di servizi di valutazione del programma di sviluppo rurale della Puglia 2007 -2013;

- nonché di ogni altro atto ad essa presupposto, conseguente o connesso, ivi espressamente inclusa l'aggiudicazione, non direttamente conosciuta, della gara alla società Ecosfera V.I.C.;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 5 agosto 2010, per l'annullamento

- della determinazione della Regione Puglia di esclusione del costituendo raggruppamento Ecoter-Esa dalla gara di appalto per la prestazione di servizi di valutazione del programma di sviluppo rurale della Puglia 2007 - 2013 comunicata con nota prot. n. 3421 del 20.7.2010 a firma del Dirigente dell'Area organizzazione e riforma dell'amministrazione - Servizio Affari generali;

- dell'atto dirigenziale n. 168/2010 di adozione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in discorso in favore della società Ecosfera V.I.C. s.r.l.;

- nonché di ogni altro atto ai predetti presupposto, conseguente o connesso, ivi espressamente inclusi, in quanto occorrer possa, i verbali n. 6 della seduta riservata della Commissione giudicatrice del 14.6.2010 e n. 7 della seduta pubblica della Commissione giudicatrice in data 21.6.2010;

- nonché *in parte qua* e per quanto occorrer possa della disciplina di gara se ed in quanto dovesse essere intesa nel senso di consentire quale esclusiva modalità di dimostrazione della capacità tecnico-professionale la produzione dei certificati di regolare esecuzione, rilasciati e vistati dai committenti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia e di Ecosfera

V.I.C. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il dott. Francesco Cocomile e uditi per le parti i difensori avv.ti Emanuele Bufano, su delega degli avv.ti Andrea Guarino, Cecilia Martelli e Saverio Profeta, Sabino Persichella, Andrea Sticchi Damiani, su delega dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Le ricorrenti Ecoter s.r.l. e Esa s.r.l., nelle qualità, rispettivamente, di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento Ecoter-Esa, impugnano con il ricorso introduttivo la determinazione di esclusione dalla gara di appalto indetta dalla Regione Puglia avente ad oggetto la prestazione di servizi di valutazione del programma di sviluppo rurale 2007 - 2013.

Rilevano le ricorrenti che nel corso della seduta pubblica del 21.6.2010 venivano aperte le buste contenenti l'offerta economica e stilata la graduatoria; che il seggio di gara escludeva l'offerta presentata dall'ATI Ecoter-Esa; che, per le vie brevi ed in maniera generica, veniva fatto presente che la somma del fatturato dei servizi elencati non coincideva con il fatturato specifico; che quest'ultimo sarebbe stato di importo inferiore.

Successivamente il raggruppamento Ecoter-Esa veniva a conoscenza della nota prot. n. 3421 del 20.7.2010 a firma del Dirigente dell'Area organizzazione e riforma dell'amministrazione - Servizio Affari Generali della Regione Puglia contenente la determinazione di esclusione e dell'atto dirigenziale n. 168/2010 di adozione dell'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Ecosfera V.I.C. s.r.l.

La nota prot. n. 3421 del 20.7.2010 così motiva l'esclusione dell'ATI ricorrente: "... non in possesso del requisito di capacità tecnica e

professionale previsto dall'art. 6 del disciplinare di gara, come meglio espresso dalla Commissione giudicatrice nel verbale n. 6 della seduta riservata del 14.06.2010 ...”.

Nel verbale n. 6 della seduta del 14.6.2010 la Commissione rileva che:

«... in esito alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di gara, ... la società Ecoter s.r.l., in qualità di capogruppo del costituendo RTP, non ha dimostrato il possesso del 60% dell'importo di euro 1.000.000,00 realizzato nel triennio 2006-2007-2008 per servizi analoghi a quelli oggetto del bando, mediante certificati di regolare esecuzione (in originale o copia conforme) sui servizi svolti, rilasciati dai committenti.

La Commissione, pertanto, esclude dalla gara il RTI tra società Ecoter s.r.l. e società Esa s.r.l. in quanto non in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesta dal bando di gara. ...».

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 5.8.2010 l'ATI Ecoter-Esa impugna questi ultimi provvedimenti, evidenziando che l'esclusione di cui alla nota prot. n. 3421 del 20.7.2010 reca una motivazione differente da quella che informalmente veniva resa nota in precedenza; che, diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione di gara, essa ricorrente ha dimostrato in modo adeguato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla disciplina di gara, così come prescritto dalla stessa Commissione giudicatrice in sede di richiesta di integrazione documentale del 21.5.2010.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente la presentazione di copia delle fatture da parte di Ecoter-Esa in sede di integrazione documentale è atto equipollente ai richiesti certificati di regolare esecuzione al fine di dimostrare, in sede di verifica a campione *ex art. 48 dlgs 12 aprile 2006, n. 163*, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale; ciò in quanto il disciplinare di gara non prescrive a pena di esclusione la

produzione del certificato di regolare esecuzione ed inoltre il requisito di cui si discute (cfr. art. 9 del disciplinare di gara) è di carattere “misto” (economico e tecnico).

Sostiene inoltre l'ATI ricorrente che, se la Regione non avesse comunque rinvenuto nelle fatture prodotte un idoneo elemento di prova del requisito di capacità tecnica e professionale, avrebbe dovuto motivare espressamente le ragioni di una simile determinazione ovvero richiedere un'ulteriore integrazione documentale; che, a voler considerare le clausole del disciplinare di gara (artt. 6 e 9) alla stregua di previsioni che contemplano i certificati di regolare esecuzione quale unica ed esclusiva modalità di dimostrazione della capacità tecnica e professionale, le stesse sarebbero illegittime poiché illogiche, irragionevoli ed in contrasto con il principio di massima partecipazione; che dette prescrizioni del disciplinare di gara sono quantomeno ambigue.

Si costituivano l'amministrazione regionale e la controinteressata Ecosfera V.I.C. s.r.l. deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo debba essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e che il ricorso per motivi aggiunti sia infondato.

Invero, le contestazioni di cui al ricorso introduttivo sono superate dal provvedimento espresso di esclusione impugnato con motivi aggiunti.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti, va rilevato che con nota del 21.5.2010 la Regione chiedeva all'ATI ricorrente Ecoter-Esa, in sede di controllo a campione *ex art. 48 dlgs n. 163/2006*, di provare, così come prescritto dall'art. 9 del disciplinare di gara, il possesso dei requisiti producendo copia delle dichiarazioni IVA relative agli anni 2006/2007/2008 e certificato di regolare esecuzione (in originale o copia conforme) dei servizi svolti.

La Commissione di gara nella seduta del 3.6.2010 constatava che gli

attestati di regolare esecuzione prodotti da Ecoter-Esa risultavano incompleti.

Quindi la stazione appaltante richiedeva una nuova integrazione documentale.

Nel corso della seduta del 14.6.2010 la Commissione procedeva alla valutazione della nuova documentazione prodotta dall'ATI Ecoter-Esa e decideva di escluderla poiché - come visto in precedenza - la Ecoter (capogruppo mandataria dell'ATI) non aveva "dimostrato il possesso del 60% dell'importo di euro 1.000.000,00 realizzato nel triennio 2006-2007-2008 per servizi analoghi a quelli oggetto del bando, mediante certificati di regolare esecuzione (in originale o copia conforme) sui servizi svolti, rilasciati dai committenti".

Effettivamente detti certificati non risultano essere stati prodotti dalla Ecoter ed agli stessi non possono considerarsi equipollenti le fatture depositate (le quali danno prova unicamente della capacità finanziaria dell'offerente, non già della capacità tecnico-professionale).

Non a caso l'art. 41, comma 3 dlgs n. 163/2006 consente di provare la capacità finanziaria con ogni documento considerato idoneo dalla stazione appaltante; tuttavia analoga previsione normativa non è contemplata dal successivo art. 42 dlgs n. 163/2006 con riferimento alla capacità tecnica e professionale.

L'art. 42, comma 1, lett. a) dlgs n. 163/2006 prevede, infatti, che, se trattasi di servizi e forniture prestati - come nel caso di specie - a favore di amministrazioni o enti pubblici, la capacità tecnica può essere dimostrata unicamente mediante certificati rilasciati e vistati dalle stesse amministrazioni, non ammettendosi alcun documento sostitutivo.

Ne consegue che nel caso di specie il disciplinare di gara è pienamente conforme alle disposizioni di legge vigenti; che la stazione appaltante ha operato una corretta applicazione degli artt. 42 e 48 dlgs n. 163/2006 in

tema di controllo sul possesso dei requisiti; che la P.A. ha legittimamente richiesto con nota del 21.5.2010 alla Ecoter-Esa di provare entro un termine perentorio (*i.e.* a pena di esclusione) il possesso dei requisiti; che, non avendo provveduto entro il suddetto termine, la Ecoter-Esa è stata legittimamente esclusa dalla gara.

Peraltro il potere della stazione appaltante di richiedere una integrazione documentale ai sensi dell'art. 46 dlgs n. 163/2006 è ammesso unicamente al fine di fornire chiarimenti con riferimento a documenti già presentati ovvero allo scopo di completare la documentazione esibita, non già per sopperire alla totale mancanza di un documento che andava depositato entro un termine perentorio a pena di esclusione.

Né, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, può affermarsi che le fatture abbiano identico valore della certificazione di regolare esecuzione richiesta dal disciplinare di gara al fine della dimostrazione della capacità tecnica.

Del resto la stessa ATI ricorrente ammette che era in possesso di tutti i certificati di esecuzione relativi alla capacità dichiarata, ma di non averli prodotti in sede di gara, pur se espressamente richiesti dalla stazione appaltante, avendo ritenuto le fatture atti assolutamente equipollenti (cfr. pag. 5 della memoria del 4.4.2011 e pag. 10 della memoria dell'8.4.2011).

In definitiva, se l'ATI Ecoter-Esa avesse avuto realmente la disponibilità dei certificati di regolare esecuzione - come sostiene - al momento in cui venivano richiesti dalla stazione appaltante con nota del 21.5.2010, avrebbe dovuto produrli. Appare pertanto arbitraria la scelta dell'ATI Ecoter-Esa di depositare, in alternativa, le fatture in quanto dalla stessa considerate atti equipollenti.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende la declaratoria di improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuto difetto di interesse e la reiezione di quello per motivi aggiunti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, così provvede:

- 1) dichiara improcedibile il ricorso introduttivo per sopravvenuto difetto di interesse;
- 2) respinge il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna l'ATI ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore della Regione Puglia, liquidate in complessivi €. 5.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna l'ATI ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di Ecosfera V.I.C. s.r.l., liquidate in complessivi €. 5.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2011

IL SEGRETARIO

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