

N. 00622/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01152/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1152 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Zollet Service Sc in proprio e Capogruppo Rti, Luigi Rossi Srl, Geodis Brno Ltd, rappresentati e difesi dagli avv. Alessandro Cecchi, Umberto Cossu, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Satta n. 33;

contro

Regione Sardegna, rappresentata e difesa dall'avv. Mattia Pani, con domicilio eletto presso Ufficio Legale Regione Sarda in Cagliari, viale Trento n. 69;

nei confronti di

Compucart in proprio e Mandataria Rta, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Pogliani, Mariella Salis, con domicilio eletto presso il primo avvocato in Cagliari, Dante Alighieri n. 18; Rta Srl;

per l'annullamento

a) della determinazione n. 2630/SITR del 15 novembre 2010 con la quale il

costituendo R.T.I. tra le imprese Zollet Service s.c., Impresa Luigi Rossi srl e Geodis Brno Ltd. è stato escluso dalla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di fornitura di foto aeree e ortofoto DEM e DSM e di data base topografici dei centri urbani e aree abitate della Sardegna, alla scala 1:2000 per non aver provato il possesso di un requisito di capacità tecnica e sono state disposte sia l'escussione della cauzione provvisoria che la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;

b) della determinazione n. 2635/SITR del 15 novembre 2010 con la quale la gara di cui sopra è stata aggiudicata definitivamente al controinteressato costituendo R.T.I.;

c) della determinazione n. 2904/SITR del 26 novembre 2010 con la quale è stato dato atto che la determinazione di cui sopra è divenuta efficace;

d) dell'art. 13 Capitolato Speciale d'Oneri approvato con determinazione n. 776/SITR del 24 maggio 2010;

e) dei verbali di gara, della relazione istruttoria del 15 novembre 2010 relativa alla verifica dei requisiti dichiarati;

e per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto, o in via subordinata del risarcimento per equivalente.

e per i motivi aggiunti depositati il 5.01.2011:

- del provvedimento n. 0046410/SITR del 28.12.2010, con il quale la Regione Sardegna ha deciso, ai sensi dell'art. 243/bis del D.Lgs n. 163/2006, di non procedere in autotutela, confermando i precedenti atti di gara;

- nonché di ogni altro provvedimento comunque connesso e/o conseguente, anche se incognito.

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

visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Sardegna e di

Compucart in proprio e Mandataria Rta;
visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Compucart, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Pogliani, Mariella Salis, con domicilio eletto presso il primo avvocato in Cagliari, Dante Alighieri n. 18;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Gianluca Rovelli e uditi gli avvocati Cecchi e Cossu per la ricorrente, l'avvocato Pani per la Regione e gli avvocati Pogliani e Salis per la controinteressata;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara bandita dalla Regione autonoma della Sardegna per l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, della fornitura di foto aeree e ortofoto, DEM e DSM e di data base topografici dei centri urbani e aree abitate della Sardegna, alla scala 1: 2000 per un importo a base di gara di € 1.800.000,00 I.V.A. inclusa.

Alla gara hanno partecipato sei concorrenti.

La Commissione, a cinque di questi, che avevano superato il primo esame, ha richiesto chiarimenti circa i requisiti di capacità tecnica.

Per quello che riguarda l'ATI ricorrente, sia l'impresa Rossi sia la Geodis Brno ltd riscontravano la richiesta di chiarimenti inoltrata dall'Amministrazione.

Le società ricorrenti, in costituendo R.T.I., con riferimento allo specifico requisito di capacità tecnica previsto dall'art. 8 comma 4 lettera b) del capitolato speciale hanno dichiarato:

- Zollet service: niente;
- Impresa Rossi: di possedere il requisito "cumulativamente unitariamente alle altre imprese raggruppate"; in particolare ha indicato la fornitura

eseguita per il committente Consorzio Cepav Uno, di Nuova Carta Fotogrammetrica Numerica (C.F.N.) scala 1: 1.000 / 1:2.000 per as – built – Tratta AV MI – BO per Km 200 circa;

- Geodis Brno Ltd: di possedere il requisito singolarmente per aver fornito il seguente servizio a favore di Reditelstvi silnic a dálnic (direzione strade e autostrade Repubblica Ceca); “il servizio ha compreso la fornitura di ortofotocarta digitale a colori inclusa la ripresa aerea; modello digitale del terreno; trasmissione e consegna dei dati in formato GIS Data Base, foto ripresa inclinata degli oggetti di autostrada e superstrade e consegna del software per l’elaborazione di foto ripresa inclinate”.

Nella seduta di gara del 4.08.2010 venivano aperte le buste contenenti le offerte economiche.

Dopo la verifica di anomalia, effettuata sulle prime due concorrenti classificate, con verbale n. 7 del giorno 8 ottobre 2010 la gara veniva aggiudicata in via provvisoria a favore del costituendo R.T.I. tra le società Sit, Geotec e Avioimprese. La ricorrente si classificava seconda.

L’Amministrazione decideva di procedere alla verifica dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica ai sensi dell’art. 48 del d.lgs. 163 del 2006.

Al termine della verifica l’Amministrazione comunicava con nota prot. 0040214/SITR sia al primo sia al secondo R.T.I. l’esclusione per non aver fornito prova del possesso dei requisiti.

La gara veniva quindi aggiudicata al raggruppamento (terzo in graduatoria) costituito dalla ditta Compucart di Cagliari e Busso di Campobasso.

Avverso i provvedimenti indicati in epigrafe insorgeva la ricorrente deducendo articolate censure di seguito sintetizzabili:

violazione e/o falsa applicazione dell’art. 13 del capitolato speciale d’oneri.

In subordine, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 42 e 48 del d.lgs. 163 del 2006, violazione dell’art. 1 della L. 241 del 1990, eccesso di potere

per contraddittorietà, illegittimità derivata;
eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di adeguata istruttoria;
eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di adeguata istruttoria,
sotto altro profilo;
illegittimità derivata;
violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006,
illegittimità derivata;
illegittimità derivata.

In data 5 gennaio 2011 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti per l'impugnazione della nota del 28 dicembre 2010 prot. n. 0046410/SITR deducendo le medesime censure dedotte con il ricorso principale.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo altresì ricorso incidentale per l'annullamento della medesima determinazione di esclusione nonché degli articoli 8 e 13 del capitolato d'oneri per i seguenti motivi in diritto:

violazione dell'art. 13 del capitolato speciale d'oneri e dell'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006, illogicità della motivazione del provvedimento impugnato, difetto di istruttoria;

violazione dell'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 13 del capitolato speciale d'appalto, manifesta illogicità del provvedimento;

violazione dell'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006 da parte del capitolato speciale d'appalto.

In data 7 febbraio 2011 la ricorrente depositava memoria difensiva.

In data 12 marzo 2011 sia la Regione sia la controinteressata depositavano memoria.

Alla udienza pubblica del 23 marzo 2011 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

I. La controversia deve essere risolta a partire dall'analisi delle norme del capitolato e da una compiuta ricostruzione in fatto.

L'art. 8 del capitolato richiedeva quale requisito di capacità tecnica per la partecipazione alla gara, la realizzazione e il collaudo, nel triennio 2007 – 2009 per l'importo non inferiore a 300.000,00 euro (IVA inclusa) di una fornitura di data base alla scala da 1:1000 a 1: 10.000.

La partecipazione alla gara, insomma, richiedeva che ciascun concorrente avesse realizzato una fornitura quale quella prevista dal citato art. 8.

L'art. 42 del Codice dei contratti recita:

1. Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:

a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;

b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;

c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;

d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere,

eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;

f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;

l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;

m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

2. La stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.

3. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

4. I requisiti previsti nel comma 1 del presente articolo possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000 n. 445; al concorrente aggiudicatario è richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto

dichiarato in sede di gara.

4-bis. Al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi”.

Il capitolato d'oneri prevedeva all'art. 13, per quello che qui interessa, *“unicamente in casi di committenti privati il concorrente potrà comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica mediante dichiarazione, che sarà verificata dalla stazione appaltante”.*

In punto di fatto va rilevato quanto segue.

La società Geodis ha presentato:

una dichiarazione, in lingua ceca tradotta in italiano, della Direzione delle strade e autostrade secondo cui la stessa GEODIS tra il 2007 e il 2009 aveva trasmesso e consegnato “dei dati inclusa la base di dati nel formato Gis”;

una dichiarazione secondo cui il contratto stipulato con la direzione delle strade e autostrade era riservato con conseguente divieto di divulgazione; tutte le fatture emesse per tale appalto sia in copia dell'originale in lingua Ceca che tradotte in italiano.

La Società Impresa Rossi Luigi s.r.l. ha invece presentato:

il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal proprio committente Cepav Uno;

il relativo contratto per la fornitura;

le fatture emesse.

Con nota del 3 novembre 2010 la stazione appaltante richiedeva nuovamente delucidazioni sia per quanto riguarda la fornitura dell'impresa Rossi Luigi poiché la sigla DB non sarebbe stata sufficiente a dimostrare la realizzazione di un database topografico, sia per quella della Geodis. In

quest'ultimo caso veniva contestata la discrepanza tra la dichiarazione del 14.07.2010 laddove si parlava di “database topografici in formato Gis e consegna dei dati” mentre nella dichiarazione prodotta a ottobre 2010 di “trasmissione e consegna dei dati inclusa la base di dati nel formato Gis”.

Questi i chiarimenti offerti dalle due ditte.

L'impresa Rossi precisava, tra l'altro, che:

“i lavori dichiarati sono da ritenere Data Base Topografici in quanto si tratta di una cartografia particolare nella quale vengono riportate tutte le informazioni del territorio rilevato con estremo dettaglio e informazione sia descrittiva che geometrica”.

La società Geodis ha precisato:

“relativamente al servizio eseguito a favore della Reditelstvi silnic a dalnic, confermiamo quanto già dichiarato in precedenza il 14.07.2010, ovvero la fornitura relativa alla produzione di database topografico in formato Gis e consegna dei dati.

Non si ravvisano differenze del valore semantico tra l'espressione database topografico e l'espressione base di dati nel formato Gis in quanto per Gis è inteso il sistema informativo geografico, un sistema quindi che associa alle informazioni geografiche dei valori alfanumerici, corrispondenti al Database topografico.

Lo stesso significato viene esplicitato con espressioni diverse nelle lingue dei paesi di appartenenza, come si evince in questo caso all'atto della traduzione dalla lingua ceca all'italiano, dopo viene inteso che la base di dati nel formato Gis corrisponde alla formazione del database topografico”.

La stazione appaltante procedeva all'esclusione sia della prima sia della seconda classificata.

II. L'esclusione è illegittima così come illegittima è la conseguente aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento composto da Compucart e R.T.A..

L'Amministrazione avrebbe dovuto attenersi alle regole che essa stessa si era data in sede di approvazione del bando di gara.

L'art. 13 del Capitolato prevedeva, quanto alla dimostrazione del requisito

della capacità tecnico organizzativa, che il concorrente producesse copia dei contratti unitamente a copia delle fatture, nonché copia del certificato di regolare esecuzione, di collaudo positivo finale (o equipollente) rilasciato e vistato dalle amministrazioni o dai privati committenti. *“Unicamente in caso di committenti privati il concorrente potrà comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica mediante dichiarazione, che sarà verificata dalla stazione appaltante”*.

Di fronte a tale chiarissima previsione del capitolato, che stabiliva l'onere di verifica delle dichiarazioni in capo alla stessa Amministrazione, e di fronte alla copiosa documentazione comunque presentata dal raggruppamento ricorrente a comprova del requisito, l'Amministrazione ha proceduto alla esclusione con una motivazione della determinazione n. 2630 del tutto erronea.

La determinazione n. 2630 si limita ad affermare che:

non è stato comprovato che la fornitura per Redilstv Isilnic A Dalnic resa da Geodis abbia riguardato database topografici;

non è stato comprovato che la fornitura per Cepav Uno resa da Impresa Luigi Rossi abbia riguardato database topografici.

Tale motivazione è del tutto carente e smentita dagli atti di causa.

Nella stessa nota prot. 34901 dell'11.10.2010 con la quale la Regione chiedeva la presentazione della documentazione a comprova dei requisiti, con riferimento al requisito della capacità tecnico organizzativa, veniva riportata la norma del capitolato, con ciò, se ce ne fosse stato bisogno, precisando alla ditte destinatarie, che *“unicamente in caso di committenti privati il concorrente potrà comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica mediante dichiarazione, che sarà verificata dalla stazione appaltante”*.

A seguito della predetta nota la Zollet service presentava la documentazione richiesta (produzioni della ricorrente documenti n. 10 e 11).

Quanto all'impresa Geodis, veniva presentata copia del certificato di

regolare esecuzione tradotto dalla lingua originale all'italiano; nel certificato si legge che Geodis "ha effettuato negli ultimi tre anni prima di pubblicazione dell'appalto per le esigenze del committente la foto ripresa aerea, produzione di ortofotocarte oppure la loro elaborazione e la foto ripresa inclinata e la elaborazione dei dati di foto ripresa in ammontare di 2.300.000,00 euro"; più nello specifico, nel certificato si possono leggere le prestazioni eseguite e cioè l'ortofotocarta digitale a colori inclusa la effettuazione del volo di ripresa, modello digitale di terreno, trasmissione e consegna dei dati inclusa la base di dati nel formato GIS, foto ripresa inclinata, foto ripresa inclinata degli oggetti di autostrade e superstrade, consegna di sw per l'elaborazione di fotoripresa inclinata".

Ebbene, le prestazioni descritte nel certificato di regolare esecuzione non sono difformi da quelle oggetto dell'appalto bandito dalla Regione.

Tali prestazioni, oltre che descritte nel certificato di regolare esecuzione, sono state comprovate mediante la produzione di fatture debitamente tradotte.

La ditta Geodis, assolvendo pienamente all'obbligo di comprova dei requisiti, quindi, non solo produceva la documentazione richiesta, ma precisava con apposita dichiarazione (in piena conformità alle prescrizioni dell'art. 13 del capitolato), quanto al contratto stipulato con l'Autorità Ceca delle strade e delle autostrade, che "le parti del contratto si sono impegnate a non mostrare a terzi i dettagli del contratto in base all'art. 6.3".

Quanto all'impresa Luigi Rossi, veniva, tra l'altro, presentata una dichiarazione da parte del Consorzio CEPAV UNO (Consorzio Eni per l'alta velocità) dalla quale si evinceva che la medesima impresa:

"ha eseguito le attività di formazione della nuova carta fotogrammetrica numerica C.F.N. – DB scala 1: 1.000 per la fase di as –built.

- a) Contratto n. E1 L/64916 del 10.11.2008 con importo di € 370.000
- b) importo contabilizzato delle attività € 359.718,00 al netto dell'IVA".

La ditta Luigi Rossi presentava altresì copia delle fatture e copia dei contratti a comprova delle prestazioni effettuate.

Con nota prot. 38497 del 3.11.2010 la Regione chiedeva ulteriori chiarimenti in ordine ai documenti presentati da Zollet service.

Per ciò che concerne, in particolare, la documentazione presentata dall'Impresa Rossi si legge:

a) relativamente ai due appalti per la provincia di Arezzo si evince una discordanza tra gli importi relativi al collaudo principale (contratto 688) più la sua estensione (contratto 844) con l'importo complessivo delle tre fatture allegate. Si chiedono chiarimenti al fine di valutare il corretto importo da considerare per la valutazione dei requisiti previsti dall'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006;

b) per quanto si evince dal contratto n. 2758 stipulato con il Comune di Bressanone l'oggetto dell'appalto riguarda la produzione di cartografia numerica redatta su specifiche amministrative per la formazione per via fotogrammetrica del DB topografico alla risoluzione 1k del Comune di Bressanone. Comprovare l'attinenza della fornitura dichiarata con i "database topografici"

c) dal contratto E1-L/64916 del 10.11.2008 si evince che l'unica fornitura prevista è relativa alla formazione di cartografia fotogrammetrica numerica alla scala 1:1.000 mentre, nel solo oggetto della nota prot. n. E1 - L/67788/10 del 19 febbraio 2010 rilasciata da CEPAV UNO, dopo il termine Cartografia Fotogrammetrica C.F.N. viene riportato la sigla DB. Inoltre si rileva che anche nell'oggetto delle tre fatture allegate si riporta solo la specifica di cartografia numerica, così come anche nella dichiarazione del succitato documento E1 - L/67788/10. Al fine della verifica prevista dall'art. 48 del d.lgs. 163 del 2006 si chiede di comprovare l'attinenza della fornitura dichiarata con i "database topografici" con la produzione del capitolato e degli allegati al contratto ove siano dettagliate le

attività e le prestazioni descritte nell'oggetto dell'appalto”;

d) dai contratti prot. n. 103550/N.50.10 del 10 aprile 2008 e prot. 100217/N.50.10 dell'8 aprile 2008, e dai verbali di collaudo di entrambi del 18 giugno 2009 si evince che l'oggetto dell'appalto è la sola formazione di cartografia fotogrammetrica numerica. Comprovare l'attinenza della fornitura dichiarata con i “database topografici”.

Per ciò che concerne i documenti presentati da GEODIS si legge:

Vermessung Angst GmbH: “si rileva che le fatture emesse nel 2006 non possono essere considerate ai fini della valutazioni ex art. 48 comma 2 d.lgs. 163 del 2006 in quanto l'art. 8 del capitolato prevede che i servizi siano realizzati e fatturati nel triennio 2007-2009. L'importo riconosciuto è pari a € 1.210.994,00”;

Reditelstvi silnic a dalnic: “con riferimento a tale fornitura, GEODIS aveva dichiarato con i chiarimenti del 14 luglio 2010 che la stessa comprendeva la produzione di “database topografici in formato Gis e consegna dei dati” per un importo pari a € 345.000. Tale dichiarazione è stata comprovata con un documento emesso da Reditelstvi silnic a dalnic con la documentazione fornita ai sensi dell'art. 48 comma 2 del d.lgs. 163 del 2006 con riferimento alla trasmissione e consegna dei dati inclusi la base di dati nel formato Gis. Comprovare l'attinenza della fornitura dichiarata con i database topografici”.

La predetta nota veniva trasmessa via fax in data 3.11.2010 e richiedeva che le “giustificazioni” dovessero “pervenire alla stazione appaltante entro e non oltre il termine perentorio delle ore 13.00 del 9 novembre 2010”.

Ebbene, sia l'Impresa Rossi che la GEODIS hanno fornito ulteriori chiarimenti.

L'impresa Rossi con la nota dell'8.11.2010 (documento 13 produzioni della ricorrente).

L'impresa Geodis con nota in pari data (documento 14 produzioni della

ricorrente).

Ciononostante, il raggruppamento veniva escluso e la gara immediatamente aggiudicata alla Compucart (di Cagliari) in associazione temporanea con la R.t.a. Busso (di Campobasso).

Il tutto per un chiaro fraintendimento della nozione di data base topografico.

Le conclusioni cui è giunta la stazione appaltante sono erranee sia per ciò che concerne la posizione della ditta Geodis sia per ciò che concerne la posizione della ditta Luigi Rossi.

Tale erroneo ed illegittimo agire ha determinato un altrettanto illegittimo scorrimento della graduatoria con conseguente aggiudicazione dell'appalto ad un raggruppamento che, il Collegio non può esimersi dall'osservare, ha offerto di eseguire la fornitura per un importo di quasi 200.000 € più elevato rispetto al raggruppamento ricorrente (di oltre 300.000 € rispetto al raggruppamento primo classificato).

Va osservato che l'Amministrazione non ha determinato precisamente nel bando quali documenti dovesse presentare il concorrente nel caso di forniture eseguite in favore di privati. Anzi, nell'art. 13 del capitolato ha espressamente stabilito che "in casi di committenti privati il concorrente potrà comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica mediante dichiarazione, che sarà verificata dalla stazione appaltante".

La Zollet ha, quindi, prodotto documentazione a comprova dei requisiti che, però, con evidenza, non è stata compresa dalla Amministrazione.

Se l'Amministrazione non comprende i documenti prodotti può chiedere "chiarimenti". Non può, all'esito dei chiarimenti resi escludere una Ditta travisando i fatti. Può, al limite, proseguire nell'istruttoria e non dare per "non comprovati" elementi tutt'al più non chiari alla stessa amministrazione anche a causa di una indubbia genericità del bando di gara. Non vale il contrario argomento secondo cui il termine per la comprova dei

requisiti sarebbe perentorio.

Ciò per due ordini di motivi.

Il primo è che ciò non corrisponde al vero nel caso di verifica effettuata dopo l'aggiudicazione e non in fase di sorteggio.

La giurisprudenza è costante nell'affermare che "il termine stabilito dall'art. 48 comma 2, Codice dei contratti ha natura ordinatoria. In ogni caso, nel senso della natura solo sollecitatoria del termine depone la considerazione che la disposizione prevede l'applicazione della sanzione in caso di « mancata dimostrazione » del possesso dei requisiti e non invece in caso di « tardiva dimostrazione » di tale possesso: si legge infatti nel comma 2 dell'art. 48 che la sanzione stabilita dal comma 1 si applica nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario e il concorrente che segue in graduatoria « non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni », senza alcun riferimento al rispetto del termine di dieci giorni"(T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 13 novembre 2008 , n. 88).

Il secondo è che addirittura nella fase del sorteggio "la ratio posta a base del carattere perentorio del termine di 10 giorni per la comprova dei requisiti da parte della concorrente sorteggiata, ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, risiede essenzialmente nella necessità di non compromettere, con il protrarsi del sub-procedimento di sorteggio e verifica dei requisiti, la speditezza e la concentrazione della gara; ma laddove sia la stessa Commissione di gara a decidere discrezionalmente di aggravare l'attività di verifica, non è più giustificata l'applicazione rigorosa ed incondizionata del termine massimo di dieci giorni, quantomeno nel senso che deve consentirsi alla concorrente di integrare la documentazione carente, purché sia stato tempestivamente effettuato un principio di allegazione per ciascuna componente del fatturato dichiarato con l'offerta (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 23 febbraio 2010 , n. 667).

Chiaro è, quindi, che in una situazione quale quella qui esaminata, di fronte

ad una documentazione già probante prodotta da Zollet, l'Amministrazione avrebbe dovuto, semmai, proseguire nell'istruttoria e non procedere frettolosamente, quanto illegittimamente, a scorrere la graduatoria.

Il ricorso deve, in definitiva essere accolto vista la fondatezza delle censure contenute nei primi tre motivi.

In ordine al ricorso incidentale va preliminarmente osservato quanto segue.

Il codice del processo amministrativo stabilisce, all'art. 42 che il ricorso incidentale "si propone nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale".

L'art. 120 del codice, con riguardo alla impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, dispone, al comma 5, che il ricorso ed i motivi aggiunti "devono essere proposti nel termine di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'art. 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero in ogni caso, dalla conoscenza dell'atto".

Il codice non detta una norma specifica in merito al termine di proposizione del ricorso incidentale nel rito di cui all'art. 120.

Deve, pertanto, essere applicato il termine ordinario previsto dall'art. 42, comma 1.

L'eccezione proposta dalla ricorrente principale è, quindi, infondata.

Nel merito il ricorso incidentale è infondato poiché le censure ivi contenute, sono basate, sostanzialmente, sull'erroneo presupposto che Zollet non avesse comprovato i requisiti in conformità alle regole poste dal bando di gara e dal capitolato.

Così non è per i motivi già ampiamente esposti in sede di analisi del ricorso principale che possono essere qui riproposti.

In particolare non può essere condivisa la censura con la quale si contesta

la legittimità dell'art. 13 del Capitolato poiché è nella disponibilità dell'Amministrazione la scelta circa le modalità con cui procedere alla verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara.

In ordine alla domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente principale, essa non può essere accolta tenuto conto che essa risulta del tutto sprovvista di qualsiasi supporto probatorio in ordine ai danni lamentati e alla loro entità. In questa fase, l'annullamento degli atti impugnati si pone come integralmente satisfattivo della pretesa dedotta dalla ricorrente.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

accoglie il ricorso principale;

rigetta il ricorso incidentale.

Respinge la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente principale.

Condanna l'Amministrazione e la controinteressata alle spese in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 6.000/00 (seimila) oltre I.V.A. C.P.A. e restituzione contributo unificato in ragione di metà dell'importo complessivo per ciascuna delle parti condannate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2011

IL SEGRETARIO

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