

N. 00814/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00428/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 428 del 2012, proposto da:

In.S.Or. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Dalla Mura, Benedetta Montanari, con domicilio eletto presso Benedetta Montanari in Brescia, Via Cadorna, 7;

contro

Unione dei Comuni della Media Valle Camonica, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso Mauro Ballerini in Brescia, Viale Stazione, 37;

nei confronti di

Apollonio & C. Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso Domenico Bezzi in Brescia, Via Diaz, 13/C;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DEL RESPONSABILE DEL
SERVIZIO DELL'UNIONE IN DATA 12/3/2012 N. 13, RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA

CONTROINTERESSATA DELLA FORNITURA PER
L'IMPLEMENTAZIONE DEL SISTEMA INFORMATIVO
COMUNALE;

- DEL VERBALE DI GARA 1/12/2001;

e per l'accertamento

DELLA COLLOCAZIONE DELLA RICORRENTE AL PRIMO
POSTO DELLA GRADUATORIA;

e per la declaratoria

DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE
STIPULATO;

e per l'annullamento (in via subordinata)

DELLA DETERMINAZIONE DI COSTITUZIONE DELLA
COMMISSIONE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni della Media
Valle Camonica e di Apollonio & C. Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 il dott. Stefano
Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato:

- che l'art. 5 del disciplinare di gara – che regola la documentazione
amministrativa da inserire nella busta n. 1 – prescrive, a pena di esclusione,
la presentazione della domanda e della contestuale dichiarazione redatta ...
conformemente all'allegato schema A – “Modello istanza di
partecipazione”;

- che il punto 3 esige la presentazione di una dichiarazione redatta
conformemente all'allegato A2, attestante (a pena di esclusione) il possesso

dei requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e tecnica, tra i quali figura la certificazione di qualità;

- che la ricorrente censura l'indicazione di detta certificazione, riferita ad un soggetto del tutto estraneo al procedimento (Golem Software S.r.l. di Palmi), senza che sia stato allegato da parte dell'impresa Apollonio un documento attestante l'avvalimento dei requisiti;

Rilevato:

- che l'aggiudicataria ha correttamente compilato l'allegato A.2, fornendo i dati dell'attestazione ISO necessaria e la sua appartenenza alla ditta Golem Software, con allegazione del relativo documento (cfr. allegati 7, 8 e 9 Comune);

- che risulta altresì prodotta in sede di gara la "dichiarazione dell'impresa ausiliaria per l'avvalimento" comprovante il possesso dei requisiti generali (cfr. doc. 7 controinteressata – attestazione nel verbale di gara doc. 3 ricorrente);

- che pertanto dagli atti prodotti nel corso del confronto comparativo si poteva desumere univocamente l'intenzione dell'impresa poi risultata vincitrice di avvalersi di un'impresa ausiliaria per la dimostrazione del predetto requisito;

Atteso:

- che la recente giurisprudenza (cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara – 24/2/2012 n. 86) è dell'avviso che i principi del favor participationis e della tutela dell'affidamento vietano l'esclusione di un'impresa che abbia fatto affidamento sul bando di gara e sui relativi allegati, compilando l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante;

- che è stato precisato che nessuna esclusione può essere disposta sulla scorta di una lacuna formale indotta dall'amministrazione nella predisposizione degli atti di gara e che, qualora fosse accompagnata da un'applicazione formalistica della normativa, avrebbe l'unico risultato,

contrario alla ratio prima ancora che alla lettera della disciplina degli appalti, di un fattivo quanto inammissibile restringimento della concorrenza in assenza di qualsivoglia lesione sostanziale (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I – 9/1/2012 n. 5);

- che, a fronte di una dichiarazione come quella resa dalla controinteressata, perfettamente ricalcante l'indicazione dello schema di domanda, non risulta applicabile l'esclusione potendo l'amministrazione – in presenza di dubbi sulla reale portata di quanto dichiarato – considerare necessaria una regolarizzazione, sul piano formale, della dichiarazione stessa, ai sensi di quanto disposto dall'art. 46 del Codice Appalti, volto a dare rilevanza, anche nel testo anteriore al cd. Decreto Sviluppo (D.L. 70/2011), alle mancanze sostanziali, piuttosto che alle mancanze formali (Consiglio di Stato, sez. V – 10/1/2012 n. 31);

Tenuto conto:

- che, inoltre, con l'entrata in vigore dell'art. 46 comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 4 comma 2 lett. d) del D.L. 13/5/2011 conv. in L. 12/7/2011 n. 106 – è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto;

- che, in base alla novella legislativa, deve ritenersi illegittima la mancata ammissione di una ditta da una procedura selettiva per una circostanza che non costituisce motivo di esclusione in virtù di una precisa disposizione di legge (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 8/3/2012 n. 2308, che ha censurato l'esclusione di una ditta che aveva prestato la cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria avente come beneficiario un soggetto diverso dalla stazione appaltante);

- che, sul medesimo presupposto, anche il Consiglio di Stato (sez. III – 1/2/2012 n. 493) ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione dalla gara di un'impresa che aveva presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto per poter concorrere all'assegnazione di più lotti;

- che l'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la dichiarazione risulti carente ovvero priva degli allegati di cui all'art. 2 lett. a-g del medesimo articolo, a differenza di quanto prevedono espressamente invece i commi 3 (dichiarazioni mendaci) e 8 (pluralità di concorrenti che si avvalgono della stessa impresa ausiliaria);
- che pertanto, nel caso di lacune individuate nella dichiarazione di avvalimento, in applicazione della regola di cui all'art. 46 comma 1 del Codice dei contratti l'amministrazione deve consentire la regolarizzazione/integrazione degli atti tempestivamente depositati (dai quali comunque l'intenzione di ricorrere all'istituto sia, come nella fattispecie, chiaramente desumibile);

Evidenziato:

- che, quanto alla seconda censura, l'art. 53 comma 23 della L. 388/2000 consente agli Enti locali con popolazione inferiore a cinquemila di attribuire ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale, anche al fine di operare un contenimento della spesa;
- che nella fattispecie il Sig. Gabriele Prandini (Sindaco e Responsabile del Servizio presso il Comune di Braone ai sensi della norma da ultimo richiamata) è stato nominato membro della Commissione malgrado fosse anche amministratore dell'Unione;
- che ad avviso del Collegio non è violato il principio di separazione delle funzioni politiche dalle attribuzioni gestionali, in quanto in primo luogo l'Unione – costituita per l'esercizio congiunto delle funzioni degli Enti locali che la compongono ex art. 32 del D. Lgs. 267/2000 – non risulta disporre di dipendenti propri, e quindi si avvale dei funzionari appartenenti ai singoli Comuni;

- che, anche nell'ottica del risparmio di spesa, l'art. 107 del D. Lgs. 267/2000 non ostacola l'estensione alle Unioni della disposizione (art. 53 comma 23 sopra richiamato) dettata in via derogatoria per i singoli Comuni che ne fanno parte;
- che questo approdo ermeneutico è avallato dalla considerazione per cui l'Unione è sostanzialmente un'aggregazione di singoli Enti locali (di recente resa obbligatoria per i Comuni superiori a 1.000 abitanti dall'art. 16 del D.L. 13/8/2011 n. 138) per una migliore e più razionale soddisfazione dei loro bisogni istituzionali;
- che pertanto nel nuovo Ente, seppur autonomo e separato, i Comuni sono inscindibilmente immedesimati;
- che neppure l'art. 84 comma 8 del D. Lgs. 163/2006 – che ammette la nomina dei membri della Commissione tra i funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici – è di ostacolo alla determinazione censurata in questa sede;
- che in conclusione il gravame è infondato e deve essere respinto, senza la necessità di disporre approfondimenti istruttori;
- che la vicenda, che ha richiesto comunque un'attività interpretativa, giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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