

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30062-e-la-stessa-legge-a-prescrivere-l-osservanza-di-una-determinata-modalit-di-dimostrazione-del-possesso-dei-requisiti-di-capacit-tecnica-consistente-nell-avvenuta-effettuazione-di-forniture-o-servi>

Autore: Lazzini Sonia

E' la stessa legge a prescrivere l'osservanza di una determinata modalit  di dimostrazione del possesso dei requisiti di capacit  tecnica, consistente nell'avvenuta effettuazione di forniture o servizi quando la fornitura od il servizio sia stato prestat

Tar Campania, Napoli, 20.07.2010 n. 16863

E' la stessa legge a prescrivere l'osservanza di una determinata modalit  di dimostrazione del possesso dei requisiti di capacit  tecnica, consistente nell'avvenuta effettuazione di forniture o servizi quando la fornitura od il servizio sia stato prestato non a privati, ma ad un ente pubblico

Scopo della norma, art 42 del codice dei contratti,   quello di assicurare certezza giuridica, contemperando le esigenze di celerit  e sicurezza della procedura di gara con gli altri interessi pubblici e privati in gioco

Al riguardo il bando di gara prevedeva – al punto 4, lett. d) - che «in caso di eventuale affidamento, i servizi prestati a favore di Amministrazioni o Enti Pubblici dovranno essere provati mediante l'esibizione di certificati rilasciati e vistati dalle Amministrazioni o dagli Enti medesimi».

La clausola, che non   stata impugnata, corrisponde esattamente a quanto previsto dall'art. 42, co. 1 lett. a), del d.lgs. 163/06, che in merito alla dimostrazione delle capacit  tecniche dei concorrenti prevede, per l'appunto, che «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» e solo nel caso di servizi e forniture prestati a privati consente al concorrente, qualora il committente non dichiari che la prestazione   stata effettivamente compiuta, di attestarne egli stesso l'effettuazione.

E' la stessa legge, dunque, a prescrivere l'osservanza di una determinata modalit  di dimostrazione del possesso dei requisiti di capacit  tecnica, consistente nell'avvenuta effettuazione di forniture o servizi quando la fornitura od il servizio sia stato prestato non a privati, ma ad un ente pubblico, e ci  in conformit  con quanto disposto dall'art. 48, secondo paragrafo, lett. a), punto ii), della direttiva 2004/18/CE («de forniture e le prestazioni di servizi sono provate: - quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorit  competente»).

Imponendo alle imprese concorrenti l'onere di dimostrare il fatturato maturato presso una diversa amministrazione merc  una certificazione rilasciata da quest'ultima, la norma evita che la stazione appaltante, che a quel rapporto negoziale era estranea, si trovi nell'alternativa di valutare senza altra cognizione di causa l'attendibilit  probatoria della documentazione prodotta dal privato oppure di dover chiedere (comunque) conferma a quella amministrazione dei requisiti dichiarati dall'impresa, esponendo la procedura di gara a ritardi, a possibili contestazioni e, persino, al rischio che l'ente interpellato non risponda affatto.

Che non si tratti di ipotesi remote   dimostrato dal caso in esame, nel quale, da un lato, il Comune di Minturno non avrebbe riscontrato che con notevole ritardo le richieste formulate dalla Ricorrente e dalla stazione appaltante e, dall'altro lato, la Ricorrente ha inteso inizialmente dimostrare il requisito di capacit  tecnica mediante semplici estratti di scritture contabili, che, oltre a poter costituire prova a favore solo nelle controversie tra imprenditori e solo se riguardanti rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa (artt. 2709-2710 c.c.), non consentivano comunque di riferire senz'altro quelle poste di bilancio a ricavi per la prestazione di servizi analoghi a quelli posti a gara.

La soluzione normativa appare tanto pi  equilibrata, in quanto rientra nella normale diligenza dell'imprenditore il fatto che, intendendo far valere presso futuri committenti l'esperienza maturata, egli debba preoccuparsi di procurarsi, volta a volta e tempestivamente, le necessarie attestazioni di servizio o fornitura da spendere successivamente a dimostrazione della sua capacit  tecnica; ove non lo faccia, dovr  astenersi dal dichiarare in pubbliche gare il possesso del requisito oppure, come nel caso in esame, assumersi il rischio, nel caso di aggiudicazione, di non poter confermare con la prescritta documentazione probatoria quanto dichiarato in sede di gara (art. 42, co. 4, d.lgs. 163/06).

Per queste ragioni, neppure la documentazione depositata in giudizio in prossimit  della udienza di discussione (copia conforme delle fatture presentate dalla C.I.C. al Comune di Villaricca, corredate da una nota dell'amministrazione specificante l'importo effettivamente liquidato, e delle fatture presentate

dalla C.I.C. e dalla Ricorrente al Comune di Minturno, non corredate, invece, da una nota analoga) potrebbe valere a dimostrare – seppure con dimostrazione inammissibilmente postuma, trattandosi di documenti che non risulta siano stati prodotti nel procedimento di gara – il requisito dichiarato; laddove il riferimento alle fatture contenuto nell’ordinanza resa in sede cautelare, con espressa riserva di ogni valutazione sul merito, resta ristretto allo specifico di quella fase, che ha ad oggetto la verifica della sussistenza nelle more del processo di un pregiudizio qualificato e che, per costante giurisprudenza, non condiziona l’esito finale del giudizio di merito.

In conclusione, la prima delle ragioni a base del provvedimento di esclusione, ciascuna delle quali autonomamente lo sorregge, resiste alle censure ad essa rivolte col primo motivo di ricorso; ne resta altresì assorbito l’esame delle doglianze rivolte, col secondo mezzo di gravame, al secondo capo di motivazione, giacché la loro eventuale fondatezza non si risolverebbe in motivo di caducazione dell’atto.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 16863 del 20 luglio 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

N. 16863/2010 REG.SEN.
N. 01677/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1677 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t, Augusta Ciummo,
rappresentata e difesa dall’avv. Gherardo Marone, presso il quale elettivamente
domicilia in Napoli, via Cesario Console n. 3;

contro

Comune di Acerra, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Balletta, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli al Corso Vittorio Emanuele, n. 142 presso il sig. Bruno Cajano;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

Quanto al ricorso introduttivo:

“a) della determina del Dirigente della 2a Direzione — Servizio gare e contratti del Comune di Acerra in data 2.2.2010, registro generale n. 159 - registro interno n. 86, che esclude la Ricorrente dalla gara per l'affidamento per cinque anni del servizio di igiene urbana; b) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale e, segnatamente, del verbale della Commissione di gara in data 29.1.2010 e della nota del Responsabile del Procedimento in data 2.2.2010 prot. n. 4611, richiamati dal provvedimento impugnato sub a), nonché del bando di gara, se inteso nel senso che l'importo dei “servizi analoghi” svolti nel triennio debba intendersi quale importo incassato e non quale importo contabilizzato; c) in via del tutto subordinata, del provvedimento di data e numero sconosciuti con cui è stata nominata la Commissione di gara”.

Quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

“a) del provvedimento del Vice Segretario Generale e Dirigente ff. del Servizio di Igiene Urbana del Comune di Acerra, in data 26.2.2010, prot. n. 9101, che esclude la ricorrente dalla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di igiene urbana per il periodo 13.1. 2010 — 30.4.2010; b) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale e segnatamente della nota del Vice Segretario Generale e Dirigente ff. del Servizio di Igiene Urbana, in data 9.2.2010, prot. n. 5799, di avvio del procedimento di esclusione della ricorrente dalla predetta procedura”.

Quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

“a) del bando di gara del Comune di Acerra per l'affidamento, per cinque anni, del servizio di igiene urbana; a1) del provvedimento di data e numero sconosciuti con il quale il Comune di Acerra ha indetto la gara per l'affidamento del servizio quinquennale del servizio di igiene urbana e ha approvato il bando impugnato sub a); a2) della determina del Segretario Generale del Comune di Acerra in data 25.3.2010, n. 162, r.g. 506, citata nel bando e di cui si ignora il contenuto; b) del bando di gara del Comune di Acerra per l'affidamento temporaneo del servizio di igiene urbana; b1) del provvedimento di data e numero sconosciuti con il quale il Comune di Acerra ha indetto la gara e ha approvato il bando per l'affidamento temporaneo del servizio di igiene urbana; b2) della determina del Vice Segretario Comunale del Comune di Acerra in data 29.3.2010, n. 171 r.g. 531, citata nel bando e di cui si ignora il contenuto”.

Quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti:

“a) del verbale della Commissione di gara in data 23.4.2010 che esclude la ricorrente dalla gara bandita dal Comune di Acerra per l'affidamento temporaneo del servizio di igiene urbana; al) della nota in data 2.2.2010 prot. n. 4722, citata nel predetto verbale, con la quale è trasmessa all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici la determina dirigenziale n. 159 del 2.2.2010 che commina l'esclusione della ricorrente dalla gara bandita nel 2009 per l'affidamento del servizio di igiene urbana per cinque anni (provvedimento già impugnato con il ricorso); a2) del provvedimento di data e numero sconosciuti con il quale è stata nominata la Commissione di gara per l'affidamento del servizio temporaneo di igiene urbana; b) del verbale della Commissione di gara in data 20.5.2010 che esclude “con riserva” la ricorrente dalla gara bandita dal Comune di Acerra per l'affidamento quinquennale del servizio di igiene urbana”.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Acerra;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;
Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2010 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi l'avv. Gherardo Marone per la ricorrente e l'avv. Maurizio Balletta per il Comune di Acerra;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con bando di gara del 23 aprile 2009 (CIG 0308020A22) il Comune di Acerra indiceva una gara per l'affidamento, al prezzo più basso, del servizio di igiene urbana per la durata di anni cinque.

La gara era aggiudicata alla Controinteressata s.p.a.

Essendo sorti problemi in merito al tempestivo avvio del servizio, il Comune di Acerra, con d.d. del 4 gennaio 2010, n. 1, indiceva, in via cautelativa, una gara di appalto con procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l'affidamento del servizio di igiene urbana per il periodo 13 gennaio 2010 – 30 aprile 2010, che veniva aggiudicata alla Ricorrente s.r.l. con d.d. dell'11 gennaio 2010, n. 22.

Con determinazione dirigenziale del 13 gennaio 2010, n. 40, il Comune revocava l'aggiudicazione alla Controinteressata, non avendo questa provveduto alla fornitura degli automezzi da utilizzare per il servizio nel termine perentorio all'uopo stabilito (il che determinava la improcedibilità del ricorso avverso gli atti di gara proposto, nelle more, dalla Ricorrente: cfr. sentenza di questa Sezione, 10 marzo 2010, n. 1350).

La revoca dell'aggiudicazione dell'appalto alla Controinteressata era comunicata anche alla Ricorrente, in quanto concorrente seconda classificata nella medesima gara, con nota del 14 gennaio 2010, prot. 1575.

Con nota del 15 gennaio 2010, prot. n. 1995, il Comune di Acerra comunicava alla Ricorrente l'avvio del procedimento per la sua esclusione dalla stessa gara.

Acquisite le controdeduzioni della Ricorrente, con d.d. n. 159 del 2 febbraio 2010 - preso atto di quanto osservato dalla commissione di gara nel verbale del 29 gennaio 2010 e della nota interna prot. n. 4312 del 29 gennaio 2010 di replica alle argomentazioni della Ricorrente, nel senso della sussistenza dei presupposti per l'esclusione - l'amministrazione escludeva la Ricorrente dalla gara per l'affidamento quinquennale del servizio, con le seguenti motivazioni:

“• mancanza del requisito di ordine speciale previsto dal punto 4), lett. d), del bando di gara (requisito minimo previsto in € 20.000.000,00 — accertato € 17.646.975,17);

• mancata presentazione (quale prova probatoria) delle certificazioni attestanti lo svolgimento dei servizi da parte dei Comuni indicati nella dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n°445/2000.”

Con raccomandata del 9 febbraio 2010, prot. 5799, il Comune di Acerra comunicava alla Ricorrente l'avvio del procedimento di esclusione dalla gara e/o risoluzione del rapporto anche con riferimento all'affidamento del servizio per il periodo 13 gennaio 2010 – 30 aprile 2010, in ragione delle predetta determinazione n. 86 del 2010 di esclusione dalla gara di affidamento quinquennale del servizio: ciò in quanto, secondo l'amministrazione, le relative circostanze «non possono non riverberarsi anche sulla gara in oggetto; tenuto conto dell'art.38 D.lgs. citato – secondo cui non possono partecipare alle procedure di affidamento di appalti di servizi, non possono essere affidati subappalti, né possono stipulare i relativi contratti le Imprese che hanno commesso gravi errori nell'esercizio delle loro

attività, e/o hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare».

La Ricorrente presentava controdeduzioni che il Comune non accoglieva, giusta raccomandata del 26 febbraio 2010, prot. n. 9101, affermando la sussistenza dei presupposti per l'esclusione dalla procedura negoziata.

2. - Col ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato il 24 e depositato il 29 marzo 2010, la Ricorrente ha impugnato la detta determinazione dirigenziale n. 159 del 2 febbraio 2010 di esclusione dalla gara per l'affidamento quinquennale del servizio.

Con un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 2 e depositato l'8 aprile 2010, ha impugnato quindi la predetta nota del 26 febbraio 2010, prot. n. 9101, con la quale sarebbe stata esclusa dalla procedura negoziata.

Il Comune di Acerra si è costituito in giudizio depositando documenti e resistendo ai ricorsi con memoria difensiva.

La domanda cautelare proposta con i gravami è stata respinta con ordinanza n. 810 del 14 aprile 2010.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 13 e depositato il 14 aprile 2010, la Ricorrente ha impugnato i bandi di gara con cui, successivamente alla proposizione del ricorso in esame, il Comune di Acerra ha indetto una nuova gara per l'affidamento quinquennale del servizio, stante l'infruttuosità della precedente, ed altra gara per l'affidamento temporaneo dello stesso con decorrenza 1 maggio 2010 sino alla conclusione della predetta procedura e comunque non oltre il 31 dicembre 2010 (bando e disciplinare di gara per l'affidamento quinquennale approvati con determinazione dirigenziale n. 162 del 25 marzo 2010; determinazione n. 171 del 29 marzo 2010 di indizione di gara per l'affidamento temporaneo).

Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 26 maggio e depositato il 3 giugno 2010, la Ricorrente ha impugnato i provvedimenti con cui è stata, rispettivamente, esclusa sia dalla gara per l'affidamento temporaneo (verbale di gara del 23 aprile 2010) sia dalla gara per l'affidamento di durata quinquennale (verbale di gara del 20 maggio 2010).

Il Comune ha replicato con memorie anche a questi ricorsi; la ricorrente ha depositato un breve nota illustrativa a sostegno delle proprie ragioni.

Alla pubblica udienza del 9 giugno 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il 10 giugno 2010 è stato pubblicato il dispositivo n. 48 della presente sentenza.

DIRITTO

1. – Con il ricorso introduttivo la Ricorrente s.r.l. impugna la sua esclusione dalla procedura di affidamento quinquennale del servizio di igiene urbana indetta dal Comune di Acerra con bando di gara del 23 aprile 2009, andata conseguentemente deserta.

Come esposto in narrativa, il provvedimento di esclusione è stato adottato per la seguente, duplice, ragione:

«• mancanza del requisito di ordine speciale previsto dal punto 4), lett. d), del bando di gara (requisito minimo previsto in € 20.000.000,00 — accertato € 17.646.975,17);

• mancata presentazione (quale prova probatoria) delle certificazioni attestanti lo svolgimento dei servizi da parte dei Comuni indicati nella dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n°445/2000».

Il primo motivo di esclusione concerne la mancata integrazione del prescritto requisito di capacità tecnica consistente nell'aver effettuato nel precedente triennio 2006-2008 servizi analoghi a quelli oggetto della gara per un importo complessivo pari ad almeno venti milioni di euro, iva esclusa, che le imprese concorrenti erano tenute a dichiarare allegando uno specifico elenco con la

indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi.

La differenza di fatturato riscontrata nel provvedimento impugnato deriva dal fatto che il Comune di Minturno ha attestato che la Ricorrente aveva svolto servizi per € 2.908.468,67, a fronte di un importo dichiarato di € 6.294.745,63, ed il Comune di Villaricca ha attestato che la Ricorrente aveva svolto servizi per € 574.703,76, a fronte di un importo dichiarato di € 894.852,42.

Più in dettaglio, si afferma nel verbale della commissione di gara del 29 gennaio 2010 che «relativamente al Comune di Minturno è stato dichiarato un periodo contrattuale dal 01.01.2006 al 31.12.2008 per il totale di € 6.294.745,63 mentre da attestazione rilasciata dal citato Comune in data 15.01.2010, protocollo n°1124, risulta un periodo contrattuale fino al 31.12.2006, per l'importo annuo di € 969.492,89 quindi, considerando anche l'ulteriore periodo indicato dalla società RICORRENTE Srl (01.01.2007-31.12.2008) il totale del servizio reso ammonta a € 2.908.478,67; relativamente al Comune di Villaricca è stato dichiarato un periodo contrattuale dal 01.01.2006 al 31.12.2006 per il totale di € 894.852,42 mentre da attestazione rilasciata dal citato Comune in data 11.01.2010, protocollo n°00297, risulta un periodo contrattuale dal 01.05.2006 al 14.10.2006, per l'importo totale di € 574.793,76».

L'importo complessivo dei servizi analoghi resi nel triennio è dunque risultato, sulla scorta di tali attestazioni, inferiore alla soglia dei venti milioni di euro richiesta dal bando.

La ricorrente censura le conclusioni dell'amministrazione, sostenendo che l'importo da prendere in considerazione ai fini della verifica dell'esperienza maturata non sarebbe l'importo pagato dall'ente committente, bensì quello fatturato dal gestore del servizio, perché ciò che rileverebbe ai fini del rispetto del requisito curricolare è l'importo pattuito nel contratto di appalto, a prescindere dal

fatto che esso sia stato effettivamente pagato o meno; diversamente opinando – sostiene la ricorrente - si farebbe discendere la dimostrazione dell'esperienza acquisita dal fatto di un terzo (il pagamento da parte del committente).

In proposito, da un punto di vista generale deve osservarsi che il requisito del fatturato realizzato, essendo rivolto alla dimostrazione delle concrete capacità operative delle imprese concorrenti, corrisponde alla somma dei ricavi dell'impresa per prestazioni effettivamente rese, dove ciò che rileva è, dunque, la grandezza finanziaria che esprime (il valore pecuniario) della prestazione reale, indipendentemente dal fatto che essa prenda corpo in termini di flussi di denaro (incasso del prezzo) ovvero di un credito per la controprestazione dovuta, ma non ancora effettuata, dal committente.

Nel caso di specie, tuttavia, la rilevata discrepanza di fatturato non risulta imputabile ad uno scarto tra quanto dovuto e quanto pagato dai due Comuni di Minturno e Villaricca, come suggerisce parte ricorrente, ma riguarda proprio il controvalore economico della prestazione effettivamente resa loro per servizi analoghi a quelli posti a gara, come dagli stessi Comuni attestata.

Ed invero, in punto di fatto deve rilevarsi che:

- la Ricorrente ha dichiarato in sede di gara (cfr. dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del 9 giugno 2009) di aver svolto servizi simili o analoghi a quelli oggetto dell'appalto per cui è causa in favore del Comune di Minturno, per il periodo corrente dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2008 e per un importo pari ad euro 6.294.745,63; successivamente, al fine di dimostrare il requisito, con nota del 18 giugno 2009 la Ricorrente, in qualità di cessionaria di ramo d'azienda della C.I.C. s.p.a., affidataria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani presso quella amministrazione, ha chiesto al Comune di Minturno il rilascio di un attestato di servizio inerente al periodo di gestione della C.I.C.; richiestone anche dal Comune di Acerra, il Comune di Minturno ha, infine, attestato (cfr. nota del 15 gennaio

2010 prot. 1124 Servizio LL.PP. – Ufficio Ambiente) che la C.I.C. aveva svolto il servizio dal 19 dicembre 2000 al 31 dicembre 2006, per un canone annuo di € 969.492,89 (al netto del ribasso d'asta) oltre IVA; non risulta, invece, allo stato degli atti che il Comune di Minturno sia stato richiesto od abbia attestato alcunché in merito ai servizi prestati in suo favore direttamente dalla Ricorrente;

- quanto ai servizi resi per il Comune di Villaricca, la Ricorrente ha dichiarato in sede di gara prestazioni analoghe per € 894.852,42 effettuate dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2006, anch'esse riferibili alla società C.I.C. ed asseritamente comprovate da un estratto di bilancio della stessa C.I.C.; mentre il Comune di Villaricca ha attestato un servizio più breve, dal 1° maggio 2006 al 14 ottobre 2006, per un importo totale di € 574.793,76.

Il fatturato per servizi analoghi dichiarato dalla Ricorrente non ha, dunque, trovato in sede di gara il necessario riscontro documentale.

A dimostrazione di tale fatturato, nel corso del presente giudizio la Ricorrente ha, dapprima, prodotto agli atti di causa degli estratti del proprio bilancio di esercizio e di quello della C.I.C. e quindi, in vista dell'udienza di discussione, copie conformi delle fatture emesse dalle due società ai Comuni di Minturno e di Villaricca, rilasciate su sua richiesta dalle medesime amministrazioni.

Ne segue la necessità di chiarire quali fossero le modalità di prova del fatturato utilizzabili in sede di gara e se tale prova possa essere successivamente fornita in sede di giudizio.

Al riguardo il bando di gara prevedeva – al punto 4, lett. d) - che «in caso di eventuale affidamento, i servizi prestati a favore di Amministrazioni o Enti Pubblici dovranno essere provati mediante l'esibizione di certificati rilasciati e vistati dalle Amministrazioni o dagli Enti medesimi».

La clausola, che non è stata impugnata, corrisponde esattamente a quanto previsto dall'art. 42, co. 1 lett. a), del d.lgs. 163/06, che in merito alla dimostrazione delle

capacità tecniche dei concorrenti prevede, per l'appunto, che «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» e solo nel caso di servizi e forniture prestati a privati consente al concorrente, qualora il committente non dichiarerà che la prestazione è stata effettivamente compiuta, di attestarne egli stesso l'effettuazione.

E' la stessa legge, dunque, a prescrivere l'osservanza di una determinata modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica, consistente nell'avvenuta effettuazione di forniture o servizi quando la fornitura od il servizio sia stato prestato non a privati, ma ad un ente pubblico, e ciò in conformità con quanto disposto dall'art. 48, secondo paragrafo, lett. a), punto ii), della direttiva 2004/18/CE («le forniture e le prestazioni di servizi sono provate: - quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente»).

Scopo della norma è quella di assicurare certezza giuridica, contemperando le esigenze di celerità e sicurezza della procedura di gara con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Imponendo alle imprese concorrenti l'onere di dimostrare il fatturato maturato presso una diversa amministrazione mercé una certificazione rilasciata da quest'ultima, la norma evita che la stazione appaltante, che a quel rapporto negoziale era estranea, si trovi nell'alternativa di valutare senza altra cognizione di causa l'attendibilità probatoria della documentazione prodotta dal privato oppure di dover chiedere (comunque) conferma a quella amministrazione dei requisiti dichiarati dall'impresa, esponendo la procedura di gara a ritardi, a possibili contestazioni e, persino, al rischio che l'ente interpellato non risponda affatto.

Che non si tratti di ipotesi remote è dimostrato dal caso in esame, nel quale, da un lato, il Comune di Minturno non avrebbe riscontrato che con notevole ritardo le

richieste formulate dalla Ricorrente e dalla stazione appaltante e, dall'altro lato, la Ricorrente ha inteso inizialmente dimostrare il requisito di capacità tecnica mediante semplici estratti di scritture contabili, che, oltre a poter costituire prova a favore solo nelle controversie tra imprenditori e solo se riguardanti rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa (artt. 2709-2710 c.c.), non consentivano comunque di riferire senz'altro quelle poste di bilancio a ricavi per la prestazione di servizi analoghi a quelli posti a gara.

La soluzione normativa appare tanto più equilibrata, in quanto rientra nella normale diligenza dell'imprenditore il fatto che, intendendo far valere presso futuri committenti l'esperienza maturata, egli debba preoccuparsi di procurarsi, volta a volta e tempestivamente, le necessarie attestazioni di servizio o fornitura da spendere successivamente a dimostrazione della sua capacità tecnica; ove non lo faccia, dovrà astenersi dal dichiarare in pubbliche gare il possesso del requisito oppure, come nel caso in esame, assumersi il rischio, nel caso di aggiudicazione, di non poter confermare con la prescritta documentazione probatoria quanto dichiarato in sede di gara (art. 42, co. 4, d.lgs. 163/06).

Per queste ragioni, neppure la documentazione depositata in giudizio in prossimità della udienza di discussione (copia conforme delle fatture presentate dalla C.I.C. al Comune di Villaricca, corredate da una nota dell'amministrazione specificante l'importo effettivamente liquidato, e delle fatture presentate dalla C.I.C. e dalla Ricorrente al Comune di Minturno, non corredate, invece, da una nota analoga) potrebbe valere a dimostrare – seppure con dimostrazione inammissibilmente postuma, trattandosi di documenti che non risulta siano stati prodotti nel procedimento di gara – il requisito dichiarato; laddove il riferimento alle fatture contenuto nell'ordinanza resa in sede cautelare, con espressa riserva di ogni valutazione sul merito, resta ristretto allo specifico di quella fase, che ha ad oggetto la verifica della sussistenza nelle more del processo di un pregiudizio qualificato e

che, per costante giurisprudenza, non condiziona l'esito finale del giudizio di merito.

In conclusione, la prima delle ragioni a base del provvedimento di esclusione, ciascuna delle quali autonomamente lo sorregge, resiste alle censure ad essa rivolte col primo motivo di ricorso; ne resta altresì assorbito l'esame delle doglianze rivolte, col secondo mezzo di gravame, al secondo capo di motivazione, giacché la loro eventuale fondatezza non si risolverebbe in motivo di caducazione dell'atto.

Con un terzo motivo di ricorso, la Ricorrente si sofferma criticamente sulla causa di esclusione che sarebbe stata costituita dal fatto che alcuni Comuni (Pomezia, Frattaminore ed Afragola) avrebbero dichiarato la risoluzione in danno di un contratto d'appalto con essa stipulato: tuttavia la circostanza, pur evidenziata nel verbale della commissione di gara del 29 gennaio 2010 e nella relazione istruttoria allegata alla impugnata determinazione dirigenziale n. 159 del 2 febbraio 2010, non è annoverata da quest'ultima tra le cause poste a fondamento dell'esclusione.

Con un quarto motivo di ricorso, la ricorrente si duole che il Comune di Acerra abbia segnalato alla Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici quanto contestatole, senza effettuare alcuna valutazione della presunta gravità dell'inadempimento e senza segnalare alla stessa Autorità la esclusione dalla gara anche della società Controinteressata.

Come correttamente osservato dalla difesa del Comune, tuttavia, la stazione appaltante non possiede alcun margine valutativo circa la gravità della violazione, essendo senz'altro vincolata alla segnalazione del fatto alla Autorità di vigilanza (art. 48 d.lgs. 163/06).

Trattandosi di atto vincolato, non è predicabile poi un vizio di eccesso di potere, neppure per disparità di trattamento: disparità che, peraltro, non appare ravvisabile in concreto, in quanto la esclusione della Controinteressata, come in precedenza si è detto, è stata determinata non già dalla carenza dei requisiti di partecipazione, ma

da inadempimento agli obblighi assunti (fornitura degli automezzi nel termine perentorio stabilito).

La ricorrente, infine, con un quinto motivo di ricorso, proposto in via subordinata, contesta la composizione della commissione di gara, asseritamente illegittima siccome presieduta dal segretario comunale, il quale non avrebbe posseduto la necessaria qualifica dirigenziale, né avrebbe potuto svolgere le funzioni di responsabile del procedimento, riservate ai dipendenti di ruolo dell'amministrazione.

Anche questa censura non merita seguito.

L'amministrazione resistente ha, infatti, prodotto in giudizio copia del decreto n. 75 del 2 dicembre 2008 con cui il sindaco di Acerra ha conferito al segretario generale del Comune l'incarico dirigenziale di responsabile del servizio "Riqualificazione urbana ed ambientale", dimostrando in tal modo il rispetto dell'art. 84, comma 3, del d.lgs. 163/06.

Per altro verso, la contestazione della nomina del responsabile del procedimento non appare sorretta da adeguato interesse, non avendo la Ricorrente individuato alcun atto del responsabile del procedimento dal quale sia stata, direttamente od indirettamente, lesa e non potendo trarre da un eventuale accoglimento della censura alcuna concreta utilità: né sotto il profilo di una ripetizione della procedura di gara (ove volesse seguirsi l'orientamento che, massimizzando la rilevanza di un astratto concetto di interesse strumentale, finisce per legittimare la ricerca di ogni possibile illegittimità od irregolarità delle procedure di gara), poiché la gara è risultata infruttuosa e la amministrazione ne ha bandito un'altra; né sotto il profilo delle ricadute della sua esclusione sulla partecipazione a gare successive, poiché la doglianza non vale ad elidere la circostanza fattuale, che sola rileva quale oggetto di segnalazione all'Autorità, che la Ricorrente non è stata in grado di comprovare il possesso del requisito di partecipazione dichiarato.

Per tutte queste ragioni il ricorso introduttivo va, in definitiva, respinto.

2. - Col primo ricorso per motivi aggiunti, la Ricorrente lamenta la illegittimità della sua asserita esclusione dalla prima procedura negoziata, concernente l'affidamento del servizio per il periodo 13 gennaio 2010 – 30 aprile 2010.

Il ricorso è inammissibile, giacché la impugnata nota del 26 febbraio 2010, prot. n. 9101, costituisce mera comunicazione della ritenuta sussistenza dei presupposti per la esclusione, destinata a essere seguita da un formale provvedimento a conclusione del procedimento, così come in precedenza avvenuto nel procedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento di durata quinquennale.

Tale provvedimento non risulta essere stato adottato, essendo, anzi, intervenuta il 7 aprile 2010 la stipula tra le parti del contratto di affidamento del servizio per il periodo in questione.

3. – Col secondo ricorso per motivi aggiunti, la Ricorrente ha impugnato il bando con cui il Comune di Acerra ha indetto una nuova gara (CIG 0457274A6E) per l'affidamento quinquennale del servizio di igiene urbana, nonché il bando per il suo affidamento temporaneo dal 1° maggio 2010 sino alla conclusione dell'altra gara e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2010.

Con un primo motivo di ricorso deduce l'illegittimità dell'art. 2 del bando per l'affidamento quinquennale del servizio, laddove esso recita: «si fa presente che questo Ente è proprietario di diversi automezzi attrezzati per la raccolta differenziata dei rifiuti di cui all'elenco che segue, i quali saranno messi a disposizione del soggetto gestore del servizio dato in appalto qualora si verifichi la necessità di utilizzo degli stessi [...] Tale utilizzo, con spese di gestione a carico del soggetto gestore del servizio, sarà autorizzato previa quantizzazione del nolo — in contraddittorio tra questo Ente ed il gestore del servizio — sia in termini economici che di tempo [...]».

Secondo la ricorrente, la clausola sarebbe illegittima perché non consentirebbe di determinare, all'atto della partecipazione alla gara, il costo di noleggio degli automezzi e renderebbe quindi non confrontabili le offerte dei concorrenti.

La censura è infondata, giacché la clausola non incide sulla formulazione dell'offerta.

Il ricorso all'utilizzo degli automezzi di proprietà comunale è, infatti, previsto come autorizzabile soltanto «qualora si verifichi la necessità di utilizzo degli stessi» e non esime, dunque, i concorrenti dall'obbligo di apprestare e fornire tutti i mezzi necessari all'espletamento del servizio, secondo quanto previsto nel capitolato di appalto, e resta ristretto all'emergere di evenienze imprevedute ed imprevedibili che non costituiscano inadempimento degli obblighi contrattuali e, comunque, con oneri aggiuntivi a carico del gestore.

Occorre, infatti, richiamare quanto precisato al riguardo nell'art. 12, lett. f), del capitolato di appalto (rubricato "oneri ed obblighi a carico della ditta appaltatrice"): «Tutti gli automezzi e le attrezzature necessari all'espletamento dell'appalto, secondo quanto indicato nel "Piano industriale di raccolta dei rifiuti urbani nel Comune di Acerra" e nel "Piano dei servizi di spazzamento stradale nel Comune di Acerra", allegati al Capitolato e parti integranti dello stesso, all'avvio dei servizi, devono essere nuovi di fabbrica. Con esclusione degli automezzi ceduti dal Comune che dovranno essere utilizzati solo in casi di guasti, anomalie emergenze. Per la durata dell'appalto tutti i mezzi e le attrezzature utilizzati per il servizio saranno tenuti in perfetta efficienza, collaudati a norma di legge, assicurati e revisionati, sostituendo immediatamente quelli che, per usura, per avaria o per guasto, fossero deteriorati o malfunzionanti, o non utilizzabili, in modo tale da garantire sempre e comunque la regolare esecuzione del servizio [...] L'inosservanza di tale punto è considerato grave inadempimento e può essere motivo di rescissione del contratto».

Con un secondo motivo di ricorso, la Ricorrente deduce l'illegittimità dei due bandi per invalidità derivata dai vizi asseritamente inficianti i provvedimenti impugnati con il ricorso e con i primi motivi aggiunti.

In tal modo, evidentemente la ricorrente intende sostenere l'illegittimità della rinnovata messa a gara del servizio derivante dal fatto che, secondo quanto prospettato con i primi due atti di gravame, essa (siccome illegittimamente esclusa) sarebbe legittimata allo svolgimento del medesimo servizio, su base quinquennale, in virtù dell'esito della prima gara e, comunque, sebbene per un più ristretto arco temporale, per il titolo temporaneo costituito dal secondo affidamento, di natura interinale.

Si è visto, tuttavia, che il ricorso proposto contro la esclusione dalla prima gara per l'affidamento quinquennale non merita accoglimento e che i primi motivi aggiunti sono inammissibili, giacché la Ricorrente non risulta essere stata affatto esclusa dallo svolgimento del servizio per il periodo 13 gennaio 2010 – 30 aprile 2010. Inoltre, entrambe le nuove gare riguardano l'affidamento del servizio per un periodo successivo a quest'ultimo arco temporale.

Per queste ragioni, il secondo ricorso per motivi aggiunti non merita accoglimento.

4. – Col terzo ricorso per motivi aggiunti, la Ricorrente deduce la illegittimità della esclusione comminatale in entrambe le nuove gare per l'affidamento del servizio di igiene urbana, con provvedimenti, rispettivamente, del 23 aprile e del 20 maggio 2010.

Il provvedimento con cui non è stata ammessa alla gara per l'affidamento temporaneo del servizio è stato adottato a seguito dell'avvenuta comunicazione all'Autorità di vigilanza della determinazione dirigenziale n. 159 del 2010 di esclusione dalla gara per l'affidamento quinquennale (i.e., del provvedimento oggetto del ricorso introduttivo), dandosi atto nel verbale di gara del 23 aprile 2010

che «il Presidente <scil.: della commissione> prende atto di tale comunicazione e ai sensi dell'art. 38 1, comma lett h) del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm. ed ii. stabilisce di non ammettere alla partecipazione della presente procedura di gara la società Ricorrente S.r.l.».

Con un primo motivo di ricorso, la Ricorrente sostiene che la sanzione della esclusione dalla partecipazione alle gare per un anno, comminata dall'art. 38, comma 1, lett. h), a coloro che hanno reso false dichiarazioni nella procedura di gara, potrebbe applicarsi soltanto all'esito dell'iscrizione della violazione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, al termine di apposita istruttoria e conseguente contraddittorio, mentre, nel caso di specie, vi sarebbe stata soltanto la comunicazione all'Autorità di vigilanza della presunta violazione e non anche il successivo provvedimento della Autorità stessa.

Sulla questione va osservato quanto segue.

La procedimentalizzazione dell'iscrizione nel casellario informatico, estesa anche ai servizi ed alle forniture, non è dettata dalla legge - la quale rimette all'emanando regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici la disciplina del casellario (cfr. art. 8, co. 10, del d.lgs. 163/06) -, ma da determinazioni della stessa Autorità di vigilanza (cfr. determinazioni nn. 1 del 10 gennaio 2008 e n. 1 del 12 gennaio 2010).

La legislazione vigente, in particolare, non attribuisce all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici l'esercizio di un sindacato sulle circostanze oggetto di segnalazione e la medesima Autorità di vigilanza ha avuto cura di circoscrivere l'ambito del proprio intervento, precisando che «la segnalazione della falsa dichiarazione all'Autorità è strettamente consequenziale alla esclusione dalla gara: pertanto, l'Autorità annota l'informazione ricevuta da parte della stazione appaltante, fatto salvo il caso di inesistenza in punto di fatto dei presupposti o di

inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante» (determ. n. 1/2010 cit.).

A questo solo fine, dunque, è indirizzato il contraddittorio innanzi l'Autorità, laddove nel caso in esame, alla luce di tutto quanto sinora detto, non è dubbia la sussistenza in fatto dei presupposti per la segnalazione concernente la Ricorrente.

Occorre altresì aggiungere che, in base alla formulazione ed alla ratio dell'art. 38, comma 1 lett. h), del d.lgs. 163/06, l'iscrizione nel casellario informatico non appare necessariamente elemento costitutivo degli effetti sanzionatori conseguenti alla falsa dichiarazione.

Come rilevato dalla stessa Autorità di vigilanza (determ. n. 1/2008 cit.), infatti, il casellario assolve ad una funzione pubblicitaria, consentendo alle stazioni appaltanti di acquisire notizie sulle imprese operanti nel mercato dei contratti pubblici e, in particolare, di effettuare, relativamente alle medesime imprese, le verifiche prescritte alle lettere e), h), m-bis), ed ora anche m-ter), dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/06.

Si tratta di una funzione qualificata, nel senso che per ragioni di certezza ed uniformità le stazioni appaltanti debbono innanzitutto trarre le notizie rilevanti ai fini delle prescritte verifiche dal casellario informatico e non da altre fonti («false dichiarazioni ... risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio»).

Tuttavia, non avrebbe senso che la stessa stazione appaltante che avesse riscontrato in una sua precedente gara una falsa dichiarazione sui requisiti e le condizioni rilevanti per parteciparvi, provvedendo quindi a darne la prescritta comunicazione alla Autorità di vigilanza, non potesse successivamente tenerne conto alcuno di tale rilevante circostanza – nonostante l'espressa comminatoria di esclusione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 cit. – sino a quando non ne venisse “nuovamente” a conoscenza per il tramite del casellario informatico dell'Autorità stessa.

In tal caso, la vicenda a base dell'interdizione dalla partecipazione da successive gare non è una *res inter alios acta*, sicché, nel caso ne nasca un contenzioso, le parti sono in grado di contraddire tra loro con piena cognizione di causa e disponendo di tutti gli elementi probatori necessari.

La censura, pertanto, si rivela infondata.

Con un secondo motivo di ricorso, la Ricorrente lamenta che la commissione di gara sarebbe stata composta di un numero pari di componenti, in violazione del principio secondo cui in materia di gare pubbliche le relative commissioni dovrebbero essere sempre costituite da un numero dispari di componenti.

La censura è inammissibile per carenza di interesse.

Non potendo la ricorrente prendere parte alla procedura di affidamento in virtù della predetta causa di esclusione che opera *ex lege*, non ha un interesse giuridicamente rilevante a contestare gli altri atti della procedura, compreso il provvedimento di nomina della commissione, poiché comunque, anche nel caso di ripetizione della gara, ne rimarrebbe esclusa.

Col medesimo terzo ricorso per motivi aggiunti, come si è detto, la Ricorrente impugna anche l'esclusione dalla nuova gara per l'affidamento quinquennale del servizio di igiene urbana.

Sostenendo di essere stata esclusa da questa nuova gara perché, in occasione della precedente gara quinquennale (non aggiudicata), sarebbero emersi alcuni presunti inadempimenti di contratti stipulati da essa ricorrente con altre amministrazioni, la Ricorrente nega che il provvedimento di esclusione dalla precedente gara del 2009 sia stato adottato per l'inadempimento di altri contratti pubblici di appalto e nega di aver commesso alcuna negligenza nella esecuzione di prestazioni affidatele dal Comune di Acerra od errori professionali nell'esercizio dell'attività presso altri Comuni.

In senso contrario, tuttavia, emerge dal verbale di gara del 20 maggio 2010 che la ricorrente non è stata esclusa in ragione di pregressi inadempimenti di contratti col Comune di Acerra o con altri enti locali, ma sempre in virtù delle dichiarazioni non riscontrate sul possesso del requisito di capacità tecnica del fatturato triennale in servizi analoghi che, come si è ampiamente detto in precedenza, ha costituito causa di esclusione sia dalla originaria gara del 2009 per l'affidamento quinquennale del servizio (giusta d.d. n. 159 del 2 febbraio 2010 più volte citata), sia, in virtù dell'art. 38 co, 1 lett. h) del d.lgs. 163/06, dalla gara per l'affidamento provvisorio dello stesso a far data dal 1 maggio 2010.

Si legge, infatti, nel verbale: «il presidente di commissione prima di dare avvio alle operazioni di gara rende noto che presso il Tar Campania Sez. di Napoli pende un ricorso avverso il provvedimento di esclusione emesso da questo Ente contro la società Ricorrente S.r.l. e relativo alla gara di analogo servizio espletata nell'anno 2009 e non aggiudicata. Tale provvedimento è stato emesso ai sensi dell'art. 38 del DLgs 163/2006, ed è supportato da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 15/03/2010 n. 1500) sulla legittimità del provvedimento di esclusione di una ditta resasi inadempiente nell'ambito di una precedente gara. [...] Pertanto, si rende necessario, nelle more della discussione del merito, procedere alla esclusione — con riserva — della società sopraindicata stabilendo sin d'ora che, qualora il TAR dovesse pronunciarsi favorevolmente rispetto all'istanza presentata dalla stessa società, la commissione provvederà alla sua immediata reintegra».

L'espresso richiamo al precedente provvedimento di esclusione, adottato per le ragioni su cui ci si è in precedenza soffermati, rende appunto palese che la commissione di gara intendeva riferirsi alla vicenda del requisito di fatturato, nonostante l'inconferenza del precedente giurisprudenziale (che, invece, riguardava una esclusione ex art. 38, co. 1, lett. f), e non consente di accedere neppure alla

prospettata censura di difetto di motivazione: sicché, in definitiva, anche l'impugnazione in esame non merita accoglimento.

5. – Conclusivamente, per le ragioni esposte, il ricorso introduttivo, il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti debbono essere respinti, mentre il primo ricorso per motivi aggiunti va dichiarato inammissibile.

6. – Attesa la novità di talune questioni, ricorrono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 1677/10), integrato da motivi aggiunti, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione. ---

Spese compensate. ----

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO