

N. 02037/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00593/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 593 del 2011, proposto da:

Enel Rete Gas S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Guido Bardelli, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Via Visconti di Modrone, n. 12

contro

Comune di Rozzano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Cesare Cereda e Marco Radice, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, Via San Simpliciano, n. 5

nei confronti di

Sicurgas S.r.l. Tecnologie per la Sicurezza ed il Risparmio, rappresentate e difese dall'Avv. Carlo Cerami, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Galleria S. Babila, n. 4/A; Distribuzione Gas Naturale D.G.N. S.r.l., Egea Ente Gestione Energia e Ambiente S.p.A. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione del Dirigente della Direzione Logistica, Ecologia,

Trasporti, Tributi, Catasto del Comune di Rozzano n. 4, datata 10.1.2011, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva al costituendo RTI Sicurgas S.r.l. D.G.N. S.r.l. EGEA S.p.A. del servizio pubblico locale di distribuzione del gas metano nel territorio comunale di Rozzano;

della comunicazione di aggiudicazione prot. n.1975, datata 14.1.2011, a firma del Dirigente della Direzione Acquisti e Logistica del Comune di Rozzano;

dei verbali di gara: della prima seduta dell'11.11.2010, della seconda seduta del 10.12.2010, della terza seduta del 16.12.2010;

nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in forma specifica, con stipula diretta del contratto con la ricorrente oppure subentro della ricorrente nel contratto eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e il RTI controinteressato, previa dichiarazione di inefficacia del contratto stesso o in subordine per equivalente economico del danno subito in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rozzano e di Sicurgas S.r.l. Tecnologie per la Sicurezza ed il Risparmio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando spedito in GUUE il 2.8.2010 il Comune di Rozzano ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas per la durata di anni 12 cui venivano ammesse le sole

odierne ricorrenti e controinteressate.

All'esito della procedura valutativa, le controinteressate si classificavano al primo posto conseguendo l'aggiudicazione provvisoria, successivamente confermata con determinazione n. 4 del 10.1.2011.

Parte ricorrente ha impugnato gli atti di gara in epigrafe specificati deducendo:

1. la violazione della disciplina di gara e degli artt. 2, 37 e 49 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 97 Cost., in conseguenza delle modalità di ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della mandataria, che sovvertirebbero "gli equilibri interni al RTI snaturando l'architettura indicata nell'offerta";
2. la violazione, sotto altri profili, degli artt. 37 e 49 del D.Lgs. n. 163/2006 in virtù dei ruoli assunti dalla mandataria e dalla mandante DGN all'interno del raggruppamento che, sulla base della formulazione dell'offerta presentata, sarebbero dovuti essere invertiti;
3. la violazione sotto ulteriore profilo degli artt. 2 e 49 del D.Lgs. 163/2006 e del principio di *par condicio*, derivante dalla genericità dei contratti di avvalimento che non dimostrerebbero "le modalità in cui le ausiliarie, in corso di esecuzione, saranno a disposizione della concorrente";
4. la violazione degli artt. 86 e ss, del D.Lgs. n. 163/2006, nonché difetto di istruttoria e motivazione quale conseguenza dell'omessa verifica di congruità dell'offerta delle controinteressate;
5. la violazione degli obblighi di custodia dei plichi le cui modalità non risulterebbero essere state verbalizzate;
6. la violazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 e della *lex specialis* per mancata prestazione della prescritta garanzia da parte di ciascun soggetto raggruppato.

L'Amministrazione resistente e le controinteressate, costitutesi in giudizio, hanno resistito alle avverse censure, chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 23.3.2011, con ordinanza n. 542, è stata

respinta l'istanza di sospensione e, all'esito della pubblica udienza del 6.7.2011, la causa è stata trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'ammissione in gara delle controinteressate per violazione della normativa in tema di avvalimento.

Il costituendo RTI aggiudicatario ha specificato in sede di offerta la natura delle parti del servizio poste a carico di ciascuna raggruppata, precisando che, sulla base della descritta suddivisione, la mandante Sicurgas S.r.l. avrebbe partecipato al RTI nella misura del 60%, la mandante DGN S.r.l. del 10% e la mandante EGEA del 30%.

La mandataria, non possedendo in proprio i prescritti requisiti di partecipazione è ricorsa ad avvalimento ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e, precisamente ad avvalimento interno, mutuando i requisiti dalla propria mandante DGN, dichiarando che, relativamente ai requisiti di cui all'art. 7.2 del disciplinare, "si avvale del requisito di DGN, in misura tale da soddisfare lo stesso, avuto riguardo alla quota di partecipazione al raggruppamento da parte della scrivente SICURGAS, pari al 60%".

La circostanza connoterebbe di illegittimità l'aggiudicazione conseguita poiché la mandataria, mutuando dalla mandante l'intero requisito tecnico ed economico, stravolgerebbe i ruoli delle imprese aggiudicatarie all'interno dei RTI, ponendo in essere una sorta di "prestito" del requisito che si risolverebbe in un "*escamotage*" per consentire il conseguimento dell'appalto ad un soggetto privo della struttura necessaria per eseguirlo.

La fattispecie realizzerebbe nel concreto, secondo le ricorrenti, un inammissibile sub appalto interno al RTI, posto che la mandante si troverebbe ad eseguire il 70% della prestazione a fronte di una partecipazione al raggruppamento pari al 10%, così assumendo il ruolo effettivo di mandataria rispetto a quello suo proprio di mandante. Ne deriverebbe l'illegittimità della mancata esclusione delle controinteressate

per violazione del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, percentuale di esecuzione delle attività e quote di possesso dei requisiti tecnici ed economici.

Il motivo è infondato.

Il disciplinare, al punto 7.2, prevedeva il possesso dei seguenti requisiti:

- pregresso svolgimento di un servizio di distribuzione del gas a mezzo reti canalizzate per almeno 3 anni, anche a mezzo di società controllate, in uno o più comuni per un numero complessivo di utenti non inferiore a 20.000 (lett. g);
- un fatturato specifico annuo, per ciascun anno dell'ultimo triennio, non inferiore a € 2.500.000,00 (lett. H);
- in caso di esecuzione in proprio dei lavori, il possesso della qualificazione SOA relativa alla classifica OG6, classifica II, per un importo pari a € 516.457,00 (lett. i);

Al punto 7.3, prescriveva che, per le associazioni temporanee, i suddetti requisiti dovessero essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e, nella restante parte, cumulativamente dalle mandanti nella misura minima del 10%.

Al punto 7.6 era, inoltre, stabilito che, ai fini della comprova dei suddetti requisiti (punto 7.2, lett. g, h ed i), le concorrenti potevano ricorrere all'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Il punto 6.4 del disciplinare specificava che “i soggetti che partecipano in forma di raggruppamento temporaneo dovranno specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. Ai predetti soggetti si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 del D.L.vo n. 163/2006”.

Sicurgas, in sede di domanda, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti di cui al punto 7.2 g) ed h) di DGN mentre, relativamente al possesso della SOA, ha dichiarato di avvalersi dell'attestazione di FIMET, ausiliaria esterna al

raggruppamento.

Sicurgas, conformemente a quanto prescritto, ha partecipato alla gara in qualità di mandataria di costituendo RTI, riservandosi una quota di esecuzione superiore al 40% (come precisato, del 60%), specificando le parti dell'appalto che ciascuna raggruppata avrebbe eseguito e ricorrendo, per quanto riguarda il possesso dei requisiti mancanti, all'istituto dell'avvalimento come espressamente consentito dal punto 7.6 del disciplinare.

A tal proposito nessuna rilevanza può essere riconosciuta alla circostanza che il requisito venga mutuato da una mandante del raggruppamento, stante il pacifico riconoscimento in giurisprudenza dell'istituto del c.d. avvalimento interno (possibilità ammessa dalle stesse ricorrenti).

L'istituto dell'avvalimento è espressione del principio di massima partecipazione e persegue la finalità di ampliare la platea dei potenziali concorrenti consentendo loro di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di soggetti terzi.

A tali fini non incide sulla legittimità del ricorso all'istituto la natura giuridica dei legami esistenti fra i soggetti interessati, rilevando unicamente, per l'Amministrazione, che l'impresa avvalente disponga dei mezzi dell'avvalsa.

“La legislazione vigente”, infatti, “(art. 37 del Codice; art. 95 del d.P.R. n. 554 del 1999; art. 92 dell’emanando regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici) fissa in tema di a.t.i. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che deve essere posseduta da ciascun componente; ma tale disciplina non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto comunitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento, e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese, e in tal caso sia mediante avvalimento interno

che mediante avvalimento esterno. Pertanto la disciplina nazionale va intesa non solo nel senso che anche nell'ambito di un'a.t.i. è ammesso l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento". (Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

Il rischio, paventato dalle ricorrenti, che possa in tal modo essere affidato l'appalto a un soggetto non in grado di eseguire la prestazione dedotta in contratto è neutralizzato dal vincolo di responsabilità solidale che lega avvalente e avvalsa nei confronti della Stazione appaltante e dai contratti di avvalimento presentati che comprovano la disponibilità, da parte della mandataria, delle risorse necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto (ex art. 49, comma 2, lett. d ed f e comma 4 del D. Lgs. n. 163/2006).

Ciò priva di pregio, altresì, l'affermata ricorrenza di una fattispecie di sub-appalto interno fra mandataria e mandante.

Quanto, infine, alla dedotta violazione il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al raggruppamento e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione del servizio oggetto di gara sancito dall'art. 37, commi 4 e 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006, si rileva che trattasi di principio affermato in relazione ad appalti di lavori la cui applicabilità anche alla presente fattispecie (appalto di servizi) non è unanimemente riconosciuta in giurisprudenza.

Alle pronunce richiamate dalle ricorrenti, infatti, se ne contrappongono altre, cui si ritiene di aderire, in base alle quali "il principio di corrispondenza sostanziale, già in fase di offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'a.t.i. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, da tempo affermatosi in materia di lavori e sancito nell'art. 37 comma 6, d.lg. n. 163 del 2006 non è estendibile agli appalti di servizi (per i quali, come è noto, il nostro ordinamento non contempla un rigido sistema

normativo di qualificazione dei soggetti esecutori) in cui è riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici una più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento d'impresе (l'art. 37 comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 si limita a stabilire che le a.t.i. devono specificare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascun singolo operatore, mentre il successivo art. 42 nulla dispone in merito al rapporto tra requisiti di capacità tecnica e quota di partecipazione all'associazione temporanea). Ne consegue che solo una clausola inequivoca della *lex specialis* di gara potrebbe legittimamente estendere agli appalti di servizi il su richiamato principio di corrispondenza tra requisiti soggettivi e quote di partecipazione.” (TAR Puglia, Bari, sezione I, 7 maggio 2008, n. 1092).

Le considerazioni espote assorbono, altresì, il secondo motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente rileva a contraddittorietà dell'offerta delle aggiudicatarie in base alla quale il soggetto in possesso dei requisiti per svolgere il ruolo di capogruppo verrebbe relegato a svolgere attività meramente amministrative corrispondenti ad una minima parte della prestazione appaltata (10%), mentre al soggetto privo dei necessari requisiti verrebbe affidata la parte più qualificante dell'appalto (aspetti legati all'esecuzione dei lavori).

Restano egualmente assorbite le ulteriori censure di cui al terzo motivo di ricorso con il quale viene dedotto, tanto con riferimento all'avvalimento dei requisiti di partecipazione, tanto relativamente all'avvalimento della SOA (cat. OG6) da parte di FIMET, che i rispettivi contratti conterrebbero la menzione della messa a disposizione della capogruppo delle risorse necessarie senza ulteriori precisazioni e, in particolare, senza dimostrare in termini di effettività e congruità il complesso di strumenti cui il concorrente farà ricorso per l'esecuzione dell'appalto.

Sul punto si rimanda ai contratti di avvalimento stipulati ed alle

dichiarazioni rese ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 che, sebbene non contengano una specificazione puntuale delle singole risorse poste nella disponibilità della capogruppo, conformemente a quanto richiesto dalla normativa, sono riferite alle risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto.

Con il quarto motivo di ricorso le ricorrenti deducono l'omissione del procedimento di verifica della congruità dell'offerta delle aggiudicatarie riportanti un punteggio superiore ai 4/5 del massimo previsto nonostante il disciplinare avesse previsto l'applicazione delle procedure di individuazione e la verifica delle offerte anormalmente basse ai sensi degli artt. 86 e ss. del Codice dei contratti.

La censura è infondata.

In disparte ogni considerazione sull'inapplicabilità della invocata normativa al caso di specie, oggetto di specifica censura della controinteressata, deve rilevarsi che la Stazione appaltante, sebbene non all'esito di un formale ed autonomo sub-procedimento, ha valutato l'offerta delle aggiudicatarie anche sotto il profilo della loro adeguatezza alle esigenze della rete, rilevando le ragioni della convenienza economica del progetto nella eliminazione "di un maggior numero di Gruppi di riduzione d'utente (GRU), oltre minori difficoltà di realizzazione" (allegato al verbale del 10.12.2010).

E' noto, d'altro canto, che in caso di favorevole esito del giudizio di anomalia, non è richiesto che la motivazione sia puntuale e dettagliata potendo essere desunta dal contesto delle valutazioni espresse dalla Commissione in sede di valutazione dell'offerta.

Le ricorrenti, inoltre, che hanno offerto un importo analogo a quello delle controinteressate, non hanno evidenziato alcun profilo concreto in relazione al quale sarebbe potuta essere posta in discussione la congruità dell'offerta di queste ultime.

Con il quinto motivo di ricorso le ricorrenti rilevano la mancata

verbalizzazione degli adempimenti di custodia e delle cautele adottate in tema di conservazione delle offerte in gara.

La censura è priva di pregio.

Il verbale relativo alla prima seduta (11.11.2010) dà atto “che le buste A (...) e C (...) vengono depositate per la loro custodia nella cassaforte dell'economato comunale. I due plichi contenenti l'offerta tecnica (busta B) – come sigillati dai concorrenti – data la loro mole vengono viceversa custoditi nell'ufficio del Dirigente dr. S. Montarino, responsabile del procedimento”.

In ogni caso, parte ricorrente non allega alcun profilo di pregiudizio riconducibile ad eventuali carenze nella custodia dei plichi, per cui, sebbene sia nota, sul punto, l'esistenza di indirizzi giurisprudenziali contrastanti, si ritiene maggiormente aderente ad esigenze di effettività della lesione lamentata l'orientamento in base al quale “la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione” (Cons. Stato, IV, 5.10.2005, n. 5360, di recente confermata con decisione della Sez. III, 13 maggio 2011, n. 2908).

Con il sesto motivo di ricorso viene dedotta la violazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 in virtù dell'inidoneità allo scopo della cauzione provvisoria prodotta dal RTI aggiudicatario con un unico assegno circolare dell'importo di € 66.261,23 in luogo di tre diverse cauzioni presentate da ciascuno dei soggetti raggruppati.

Anche tale ultimo motivo di ricorso è infondato.

L'art. 8.1 del disciplinare prescriveva che i concorrenti dovessero “presentare in sede di offerta una garanzia sotto forma di cauzione o di

fideiussione di € 66.261,23” prevedendo la possibilità di prestarla “mediante assegno circolare intestato al Comune di Rozzano”.

Il ricorso a tale ultimo strumento determina il sicuro assolvimento della funzione della cauzione prestata.

La previsione di cui all’art. 8.6 del disciplinare a norma della quale “nel caso in cui il concorrente partecipi in associazione temporanea di imprese, non ancora costituite, la cauzione provvisoria deve essere sottoscritta da tutte le imprese appartenenti al raggruppamento e deve contenere, a pena di esclusione, l’indicazione che trattasi di raggruppamento di imprese ed i nominativi di tutte le imprese” è chiaramente da riferirsi al contenuto del precedente art. 8.5 relativo alle “fideiussioni/polizze”.

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico delle ricorrenti in misura che viene determinata, anche in virtù della peculiarità delle questioni trattate e del contrasto giurisprudenziale tuttora esistente in ordine a talune questioni oggetto del ricorso, in € 3.000,00 in favore di ciascuna parte costituita, oltre al 12,5% a titolo di spese forfetariamente calcolate, ad IVA e CPA.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese a carico come da motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2011

IL SEGRETARIO

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