

N. 03962/2014REG.PROV.COLL.  
N. 05210/2013 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5210 del 2013, proposto da:

BORGO SPURGHI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Noschese, Antonio Pallavicini e Domenico Ferrara, con domicilio eletto presso Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova, n, 96;

***contro***

ZANETTI ARTURO & C.S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio eletto presso Luca Crippa in Roma, v.le Regina Margherita, n. 42;

***nei confronti di***

A2A S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica,

rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio eletto presso l'avvocato Riccardo Villata in Roma, via L. Bissolati, n. 76;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, Sez. II, n. 563 dell'11 giugno 2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di manutenzione e spurgo dei condotti fognari ed impianti di depurazione nel Comune di Brescia e Provincia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Zanetti Arturo & C.S.r.l. e di A2a S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Noschese, Massimo Giavazzi e Luca Raffaello Perfetti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Borgo Spurghi s.r.l. con il ricorso n. 1046 del 2012 notificato il 26 luglio 2012 ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia di Milano l'aggiudicazione (di cui alla nota 7905 del 26 giugno 2012, comunicata a mezzo fax in

pari data) in favore della società Zanetti Arturo & C. s.r.l. del lotto n. 2 (Brescia Est) della gara d'appalto n. 018/2012 (procedura negoziata per il servizio di manutenzione e spurgo delle caditoie, reti fognarie ed impianti di depurazione nel Comune di Brescia e Provincia), indetta dalla A2A S.p.A. a seguito dell'istituzione di un sistema di qualificazione, chiedendone l'annullamento in uno con tutti gli atti costituenti la lex specialis della gara ed i verbali della stessa, con declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, nelle more eventualmente stipulato, e aggiudicazione della gara in suo favore.

La ricorrente ha lamentato l'omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, deducendo:

- a) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 79, D. Lgs. 163 del 2006 per difetto assoluto dei requisiti prescritti in ambito di comunicazione dell'aggiudicazione in relazione alla Lettera di invito richiamante per ove non diversamente previsto la normativa appalti";
- b) "Violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione di legge ("Avviso relativo all'esistenza di un sistema di qualificazione con indizione di gara" Gazzetta Ufficiale della Unione Europea 2011/S 210 – 343002 del 02.11.2011 SQ 032/2011 – Rev. 1.1. – 2011 – 11 – 02 punto VI n. 2 – pagina 2; difetto assoluto di motivazione, eccesso di potere per travisamento del Verbale Sistema di Qualificazione del 29 dicembre 2011; illegittimità derivata sugli atti di gara";
- c) "Violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis (in particolare lettera di invito avuto riguardo alla disposta

facoltà di prevedere l'integrazione documentale) e del D. Lgs. 163 del 2006 in riferimento all'art. 46 ed in generale al rispetto della par condicio dei concorrenti; violazione dei principi del buon andamento, trasparenza ed imparzialità ed efficienza delle gare ad evidenza pubblica per come tipizzati nell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione della Legge 241/1990 – eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche (in particolare per irragionevolezza, sproporzione e disparità di trattamento)”;

d) “Violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis (Lettera di invito punti B10, B11, B12 e B14; Comunicazione per integrazione documentale del 30 maggio 2012 punto 4) e del D. Lgs. 163 del 2006 con riferimento ai requisiti previsti a pena di esclusione dalla gara; erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis e del D. Lgs. 163 del 2006 in riferimento al rispetto della par condicio dei concorrenti e violazione dei principi del buon andamento, trasparenza, correttezza ed imparzialità ed efficienza delle gare ad evidenza pubblica per come tipizzati nell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione della Legge 241/1990 – eccesso di potere per erronea presupposizione e travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione; illegittimità propria e derivata”.

In sintesi, la ricorrente ha lamentato l'insufficienza e l'inadeguatezza della comunicazione di aggiudicazione, che non conteneva neppure l'indicazione del relativo provvedimento, ha rilevato che, malgrado

L'accesso, non vi era contezza dell'effettiva consegna da parte dell'aggiudicataria dell'effettiva produzione della documentazione indicata nella lettera d'invito a pena di esclusione ed ha dedotto che l'aggiudicataria non aveva presentato una tempestiva richiesta di qualificazione e che si erano verificate gravi illegittimità nelle modalità di presentazione, deposito, protocollazione e registrazione dell'istanza di partecipazione alla gara, oltre che nella inammissibilmente consentita integrazione documentale.

Inoltre, essa ha rilevato la lacunosità, l'incongruità e l'inidoneità della documentazione prodotta circa il possesso dei requisiti previsti a pena di esclusione, relativamente al numero minimo di automezzi, agli attestati di partecipazione a corsi specifici previsti dal D.P.R. n. 177 del 2011, alla prova della disponibilità di persona con esperienza triennale e assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, alla disponibilità di due automezzi per la segnaletica stradale, alla disponibilità di due automezzi attrezzati per interventi da eseguirsi mediante accesso di personale in spazi confinati, alla disponibilità di automezzo 4 x 4, sul punto essendo in particolare affetto da assoluto difetto di motivazione il verbale del 12 giugno 2012, con cui erano stati ritenuti idonei gli attestati trasmessi dall'aggiudicataria circa la frequentazione di corsi specifici previsti dal D.P.R. 177 del 2011.

2. Con atto notificato l'8 settembre 2012 la Borgo Spurghi s.r.l. poi, oltre a riassumere il giudizio innanzi alla sezione staccata di Brescia

del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (a seguito della dichiaratoria di incompetenza dell'adita sede di Milano), ad illustrare ed integrare il terzo ed il quarto motivo di censura del ricorso introduttivo (deducendo in particolare con riferimento al quarto motivo anche "violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis (in particolare fax 26 giugno 2012 prot. 2012 – A2A – 007908 – P – e successiva comunicazione per ulteriore invito all'integrazione documentale - Fax del 27 luglio 2012 prot. 2012 – a 2° - 009577 – P) ed illegittimità dei taciti provvedimenti confermativi dell'aggiudicazione (mancata dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione a seguito della mancata presentazione nel termine della documentazione post – aggiudicazione comunque non conforme alle prescrizioni gara; mancata risposta all'invito all'autotutela del 26 luglio 2012 avanzata da Borgo Spurghi)", ha altresì contestato la fondatezza del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria per la declaratoria dell'illegittima ammissione alla gara di essa ricorrente ed ha proposto motivi aggiunti, deducendo anche: e) "Violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis (lettera di invito punti e Comunicazione per integrazione documentale del 30 maggio 2012) e del D. Lgs. 163 del 2006 in riferimento all'art. 46 ed in generale al rispetto della par condicio dei concorrenti; violazione dei principi del buon andamento, trasparenza, correttezza ed imparzialità ed efficienza delle gare ad evidenza pubblica per come tipizzati

dall'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione della L. 241/1990 – eccesso di potere nelle figure sintomatiche (in particolare per irragionevolezza, sproporzione e disparità di trattamento) rispetto alle modalità previste per l'integrazione documentale”, evidenziando ulteriori profili di illegittimità dell'integrazione documentale consentita dall'amministrazione appaltante.

3. L'adito tribunale, sede staccata di Brescia, sez. II, con la sentenza n. 563 dell'11 giugno 2013, nella resistenza delle intime società A2A S.p.A. e A2A Ciclo Idrico S.p.A., nonché della controinteressata società Zanetti Arturo & C. s.r.l., ha accolto il ricorso incidentale proposto da quest'ultima, di 'natura paralizzante', e ha dichiarato improcedibile il ricorso principale, compensando tra le parti le spese di giudizio.

In particolare, ad avviso dei primi giudici, era fondata la censura con la quale la controinteressata aveva contestato la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente che, applicando ai propri dipendenti il C.C.N.L. del settore Logistica e Trasporti, aveva dichiarato di essere esonerata dal rispetto degli obblighi di assunzione di lavoratori appartenenti alle categorie protette, laddove, in ragione delle attività oggetto di affidamento, il C.C.N.L. da applicare era quello dei Servizi Ambientali, sottoscritto il 30 giugno 2008.

4. Borgo Spurghi s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di tre ordini di

motivi, così rubricati: “A) In via pregiudiziale – 1) Circa l’errata valutazione e graduazione dei mezzi di gravame proposti e la collegata natura paralizzante del ricorso incidentale. Difetto di motivazione in parte qua della sentenza”; “B) Nel merito – 2) Circa l’errata decisione della sentenza sulla ritenuta fondatezza del ricorso incidentale presentato da Zanetti Arturo & C. s.r.l. – Difetto di motivazione e perplessità della sentenza impugnata in parte qua”; 3) “Sulla fondatezza dei motivi di ricorso principale e per motivi aggiunti”, così sostanzialmente riproponendo tutte le censure sollevate in primo grado, tranne quelle di cui al primo motivo.

Hanno resistito al gravame A2A Ciclo Idrico S.p.A. (d’ora in avanti anche solo A2A) e la società Zanetti Arturo & C. s.r.l. (d’ora in avanti anche solo Zanetti), deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza e chiedendone pertanto il rigetto.

Con l’ordinanza n. 3374 del 28 agosto 2013, la Sezione ha accolto l’istanza cautelare di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata ai soli fini della sollecita trattazione del merito della causa, fissata per l’udienza pubblica del 14 gennaio 2014.

5. Nell’imminenza dell’udienza di trattazione le parti hanno ritualmente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All’udienza pubblica del 14 gennaio 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. L'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata sia pur con la parziale diversa motivazione appresso indicata.

6.1. Con il primo motivo di gravame, l'appellante ha innanzitutto lamentato l'erroneo preliminare esame del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, di natura asseritamente paralizzante, il cui accoglimento ha determinato la declaratoria della propria illegittima ammissione alla gara a trattativa negoziata n. 18/2012 e l'improcedibilità del ricorso principale: ad avviso dell'appellante i primi giudici non avevano tenuto conto che, mentre i vizi denunciati con il predetto ricorso incidentale attenevano alla trattativa negoziata, quelli esposti col ricorso principale attenevano anche alla fase di prequalifica e riguardavano l'illegittima ammissione a quest'ultima della Zanetti (che aveva presentato una domanda pacificamente tardiva, in data 12 dicembre 2011, laddove ai fini della prequalifica il termine di scadenza per la presentazione delle domande era il 2 dicembre 2011 e che pertanto non avrebbe potuto neppure partecipare alla gara di appalto).

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

6.1.1. Dalla documentazione in atti emerge che A2A S.p.A. con atto spedito il 27 ottobre 2011 ha indetto un avviso per l'istituzione di un sistema di qualificazione concernente il "servizio di pulizia ed espurgo caditoie, espurgo reti fognarie e impianti di depurazione (SQ 032/2011)"; scopo di tale sistema (punto II.3. dell'avviso) "...è

quello di costituire un elenco di imprese qualificate, da invitare a procedure ristrette o negoziate ai sensi dell'art. 232 del D. Lgs. 163/2006, per il servizio di pulizia ed espurgo caditoie, espurgo reti fognarie e impianti di depurazione nel territorio della provincia di Brescia e delle altre provincie della Lombardia in cui opera ed opererà A2A”.

Al punto VI.2. del predetto avviso si legge: “Il presente sistema di qualificazione verrà utilizzato per le gare indette da A2A S.p.A. o dalle Società del Gruppo ed avrà validità triennale a decorrere dalla data di pubblicazione dell'avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Gli operatori economici che intendano qualificarsi possono fare domanda di qualifica in qualsiasi momento durante i 3 anni di validità del presente sistema di qualificazione. Si precisa che le società che avranno fatto pervenire la richiesta di partecipazione, formulata in conformità a quanto previsto dalle norme di qualificazione (da richiedersi secondo le modalità di cui al punto III.1) entro i primi 30 giorni dalla pubblicazione del presente avviso sulla GUUE, saranno sottoposte al procedimento di qualificazione al fine di essere invitate, in caso di esito positivo, alla prima gara d'appalto indetta da A2A S.p.A. e/o dalle società del Gruppo. Per partecipare alle gare le società dovranno risultare già qualificate al momento dell'invio della richiesta d'offerta...”.

Il predetto avviso è stato pubblicato sulla G.U.U.E. del 2 novembre 2011.

Nelle Norme di qualificazione, al punto 1.3 (“Partecipazione alle gare d’appalto”) del paragrafo 1, rubricato “Informazione ai richiedenti”, è stabilito, tra l’altro, quanto segue: “Alle gare d’appalto potranno partecipare solo le società e/o i Raggruppamenti Temporanei di Imprese ed i Consorzi, in conformità a quanto disposto dall’art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i., già qualificati alla data di avvio della procedura e non quelli per i quali è ancora in corso il relativo procedimento, dunque a rigore non qualificati. Fermo quanto sopra previsto, si precisa che per l’esperimento della prima gara afferente al presente Sistema, A2A (o le società facenti parte del Gruppo A2A) si riserva di interpellare gli operatori economici che, con le modalità previste nel presente documento “Norme di Qualificazione”, avranno presentato domanda (e la relativa documentazione prevista nelle presenti Norme) entro i primi 30 giorni dalla pubblicazione dell’avviso relativo all’esistenza del Sistema sulla G.U.U.E....”.

All’esito di tale procedimento, giusta verbali in data 29 dicembre 2011 e del 26 gennaio 2012, la commissione di qualifica ha dichiarato “...qualificate per essere interpellate nelle gare d’appalto che verranno indette per l’affidamento del servizio di pulizia ed espurgo caditoie, espurgo reti fognarie e impianti di depurazione nel territorio della provincia di Brescia e delle altre provincie della regione Lombardia in cui opera ed opererà A2A, le seguenti società: Borgo Spurghi s.r.l.; Tomasoni Spurghi s.n.v. di Frapporti Monia e C.; Apireco s.r.l.; Zanetti Arturo & C. s.r.l. e Spaggiari Espurghi s.r.l.”.

Con riferimento alla qualificazione della società Zanetti Arturo & C. s.r.l. è da sottolineare che, come si ricava dalla lettura del verbale del 29 dicembre 2011, la Commissione di qualifica ha dato atto che la relativa domanda era pervenuta in data 12 dicembre 2001 e che la documentazione presentata era idonea: a ciò ha fatto seguito la rituale comunicazione prot. 11155 – P del 30 gennaio 2012 con cui A2A S.p.A. ha informato la predetta società Zanetti Arturo & C. s.r.l. di essere stata inserita nell'elenco delle imprese qualificate.

6.1.2. Con lettera prot. 4562 del 17 aprile 2012, A2A Ciclo idrico S.p.A. ha invitato le imprese qualificate, tra cui anche la Zanetti Arturo & C. s.r.l., a formulare un'offerta per la gara d'appalto n. 018/2012 per il servizio di manutenzione e spurgo delle caditoie, reti fognarie ed impianti di depurazione nel Comune di Brescia e provincia, suddiviso in tre lotti (Lotto 1 Brescia Ovest, per un importo di €. 1.000.000 su base annua; Lotto 2 Brescia Est, per un importo di €. 1.000.000 su base annua; Lotto 3 Valsabbia, per un importo di €. 400.000 su base annua), di durata annua, rinnovabile per ulteriori due anni alle medesime condizioni di aggiudicazione, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

A tale gara sono state invitate le cinque imprese qualificate: Borgo Spurghi s.r.l.; Tomasoni Spurghi s.n.c. di Frapporti Monia e C.; Aspireco s.r.l.; Zanetti Arturo & C. s.n.c. e Spaggiari Espurghi s.r.l..

Giusta verbale della commissione di gara del 18 giugno 2012, il lotto 1 è stato aggiudicato provvisoriamente a Tomasoni Spurghi s.n.c. di

Frapporti Monia e C. (sulla base del ribasso del 14%); il lotto 3 a Aspireco s.r.l. (con un ribasso del 4%) ed il lotto 3 a Zanetti Arturo & C. s.r.l. (con un ribasso del 14 %).

6.1.3. Così ricostruito l'articolato e complesso substrato fattuale della controversia, deve osservarsi che esso riguarda due distinte ed autonome procedure di gara, l'una riguardante l'istituzione di un sistema di qualificazione e l'altra una procedura negoziata tra le imprese qualificate, così che deve convenirsi sulla parziale fondatezza del primo motivo di gravame, nella parte in cui è stata dedotta l'erroneità della sentenza impugnata per aver esaminato con priorità il ricorso incidentale proposto dalla società Arturo Zanetti & C. s.r.l., volto a contestare la illegittima ammissione alla gara della ricorrente Borgo Espurghi s.r.l., senza tener conto che tale contestazione riguardava direttamente ed esclusivamente la (seconda) gara (relativa alla procedura negoziata per il servizio di manutenzione e spurgo delle caditoie, reti fognarie ed impianti di depurazione nel Comune di Brescia e Provincia), laddove il ricorso principale, ancorchè in modo del tutto asistemico e non organico, oltre all'impugnazione dell'aggiudicazione di quella seconda gara, conteneva anche censure (articolate nel secondo motivo ed in parte nel quarto motivo) anch'esse preliminari e come tali meritevoli di essere immediatamente esaminate (prima delle questioni attinenti allo svolgimento della gara di appalto), in quanto relative alla stessa legittimazione dell'aggiudicataria ad essere invitata alla gara, in

ragione della sua asserita tardiva qualificazione.

Invero, indipendentemente dalla fondatezza di tali censure, la questione della legittimazione di una impresa ad essere invitata a presentare un'offerta per una procedura negoziata (qual è proprio quella sollevata col secondo motivo del ricorso principale), dal punto di vista logico – sistematico, oltre che meramente temporale, precede quella relativa alla dedotta mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara di una impresa legittimata ad essere invitata (qual è invece quella sollevata con il ricorso incidentale), la prima, riguardando la fase precedente la procedura di gara vera e propria (ed in particolare attenendo alla corretta e legittima individuazione di coloro che sono legittimati a partecipare alla gara), la seconda, concernendo piuttosto la fase di valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara di imprese legittimamente invitate.

A ciò consegue l'erroneità sul punto della sentenza impugnata, non sussistendo quella identità di fase procedurale cui attengono le censure svolte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale che, secondo i primi giudici e secondo le tesi difensive della controinteressata appellata, avrebbero giustificato il preliminare esame del ricorso incidentale di natura paralizzante.

6.1.4. Nel merito, tuttavia, le ricordate censure del ricorso principale di primo grado sono infondate.

6.1.4.1. Quanto in particolare alla censura formulata con il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, relativa

alla asserita tardività dell'istanza di qualificazione presentata dalla predetta società Zanetti Arturo e C.s.r.l., si osserva che, come si è avuto modo di accennare, la procedura indetta da A2A S.p.A per l'istituzione di un sistema di qualificazione (cioè per la costituzione di un elenco di imprese qualificate da invitare alle procedure ristrette o negoziate per il servizio di pulizia ed espurgo caditoie, espurgo reti fognarie e impianti di depurazione nel territorio della provincia di Brescia e delle altre provincie della regione Lombardia) non prevedeva affatto un termine di decadenza per la presentazione delle domande di qualificazione, essendo stato anzi espressamente stabilito che gli operatori economici interessati a qualificarsi avrebbero potuto fare domanda di qualifica in qualsiasi momento durante i tre anni di validità del predetto sistema di qualificazione.

D'altra parte non è configurabile, come termine di decadenza, quello di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso di qualificazione sulla G.U.U.E. (scadente il 2 dicembre 2011), giacché per le imprese così tempestivamente qualificate era stata prevista soltanto la possibilità di essere ammesse a partecipare alla prima gara d'appalto indetta da A2A S.p.A. o dalle altre società facenti parte dello stesso gruppo: si trattava di una non irragionevole o illogica preferenza accordata a tali imprese e non già di una riserva che dava luogo ad un diritto di partecipazione esclusiva, come sostanzialmente, ma erroneamente, inteso da Borgo Spurghi s.r.l..

In effetti, mentre, per un verso, le imprese che avessero fatto

domanda di qualificazione entro il 2 dicembre 2011 e che fossero state positivamente valutate e quindi dichiarate qualificate avrebbero dovuto necessariamente essere invitate alla prima gara d'appalto (successiva all'istituzione del sistema di qualificazione), nulla vietava all'amministrazione appaltante di invitare a quella gara anche altre imprese che possedessero i requisiti di partecipazione, così che non può dubitarsi della legittimità dell'invito a partecipare formulato alla società Arturo Zanetti & C., poi aggiudicataria, a nulla rilevando la pretesa dedotta, ma insussistente ed ininfluyente, tardività della domanda di qualificazione, pervenuta il 12 dicembre 2011 e non già il 2 dicembre 2011 (tanto più l'amministrazione appaltante ha positivamente riscontrato nei suoi confronti il possesso dei requisiti necessari alla qualificazione).

6.1.4.2. Quanto alle censure sollevate in parte con il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, relativamente alle rilevate carenze relative alla fase di qualifica (concernenti, secondo la prospettazione dell'appellante, la mancata allegazione dei dati di bilancio richiesti; la mancata attestazione del possesso del numero minimo di 5 autobotti e la mancanza del requisito di aver svolto nei tre anni precedenti servizi oggetto della qualificazione per un importo non inferiore a €. 1.500.000,00), da un lato esse risultano generiche e apodittiche, prive di idoneo ed adeguato supporto probatorio, dall'altro esse sono infondate.

Dalla documentazione in atti emerge infatti:

- a) l'avvenuto deposito da parte della Zanetti dei bilanci corredati dalla nota di deposito riguardante gli anni di esercizio 2008, 2009 e 2010, di cui è stata dichiarata la conformità agli originali custoditi presso la sede della società (e al riguardo le censure proposte non hanno precisato quali sarebbero gli altri dati di bilancio asseritamente non allegati, la cui mancanza sarebbe stata sanzionata a pena di esclusione);
- b) la puntuale dichiarazione da parte della Zanetti della disponibilità delle cinque autobotti nella specifica scheda relativa alle attrezzature e mezzi d'opera, come richiesto dalla procedura di gara, non essendo al riguardo prevista la prova del possesso di detti automezzi; e comunque risulta che, come puntualmente dedotto dall'amministrazione appellata, senza che sul punto alcuna controdeduzione o contestazione sia stata opportunamente svolta, per i tre degli otto automezzi (indicati peraltro per la partecipazione alla diversa gara a trattativa negoziata n. 18/2012), per i quali l'autorizzazione all'Albo Gestori Ambientali era scaduta, risulta regolarmente rilasciato il rinnovo dell'autorizzazione senza soluzione di continuità;
- c) la puntuale dichiarazione, supportata da adeguata e non contestata documentazione, circa l'effettivo svolgimento nel triennio precedenti di servizi oggetto della procedura di gara per un importo non inferiore ad €. 1.500.000,00.

6.1.5. In definitiva il primo motivo di gravame deve essere respinto.

6.2. Con il secondo motivo di gravame (rubricato “B) – Nel merito – 2) Circa l’errata decisione della sentenza sulla ritenuta fondatezza del ricorso incidentale prospettato da Zanetti Arturo & C. s.r.l. – Difetto di motivazione e perplessità della sentenza impugnata in parte qua“, l’appellante Borgo Spurgo s.r.l. ha insistito sull’infondatezza del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla società Zanetti, ribadendo la legittimità e la correttezza della propria offerta circa la dichiarata applicabilità al proprio personale del C.C.N.L. del settore “Logistica, Trasporti merci e Spedizioni” (che non prevede l’obbligo delle assunzioni di lavoratori appartenenti alle categorie protette), rilevando che non solo lo stesso oggetto dell’appalto presupponeva necessariamente la fase (preponderante) del trasporto dei reflui, per quanto nessuna norma della *lex specialis* imponeva alle imprese l’applicazione di un determinato C.C.N.L. (e tanto meno di quello relativo ai Servizi Ambientali); ciò senza contare che era rimasta del tutto indimostrata la tesi della dedotta maggiore onerosità del C.C.N.L. del settore ambientale rispetto a quello del settore logistica, trasporti e spedizioni.

Il motivo è infondato.

6.2.1. La procedura negoziata (n. 18/2012) indetta da A2A Ciclo idrico S.p.A. con la lettera d’invito prot. 4562 – P del 17 aprile 2012 riguardava il “servizio di manutenzione e spurgo delle caditoie, reti fognarie ed impianti di depurazione nel Comune di Brescia e provincia”.

In particolare, come emerge dalla lettura delle Condizioni speciali d'appalto:

a) quanto alle reti fognarie, il servizio di manutenzione delle caditoie stradali delle reti fognarie, degli impianti fognari, consisteva "...in autoespurgo, lavaggio idrodinamico, disintasamento tubazioni, stazioni di sollevamento del Comune e della Provincia di Brescia e dei Comuni della Valsabbia...La tipologia consiste in manutenzione preventiva per le caditoie eseguite ad intervalli indicati dal committente volta a ridurre la probabilità di guasto, manutenzione per guasto consistente in auto espurgo, lavaggio, disintasamento tubazioni pozzetti, manufatti, vasche e caditoie volta a riportare gli impianti nello stato in cui possano eseguire la funzione richiesta. Sono escluse dall'appalto le manutenzioni migliorative o ricostruzione/rifacimento del bene...L'attività dell'appaltatore è svolta in piena autonomia, con organizzazione e attrezzature proprie e a proprio rischio a fronte del corrispettivo pattuito, pertanto l'appaltatore è individuato come produttore dei rifiuti”;

b) quanto agli impianti di depurazione, il servizio consisteva nella “attività di pulizia delle stazioni di sollevamento, delle vasche, sia a cielo aperto che chiuse, dei pozzetti e manufatti vari, tramite lavaggio idrodinamico, disintasamento di tubazioni di processo e trasporto di fanghi liquidi...”.

6.2.2. Sulla scorta di tali elementi è destituita di fondamento, in fatto, ancor prima che in diritto, la tesi dell'appellante secondo cui il

servizio oggetto dell'appalto avrebbe ricompreso in misura addirittura prevalente anche il trasporto dei reflui, trattandosi di un'attività che non viene minimamente indicata nella puntuale descrizione dei servizi e che in ogni caso risulta essere del tutto residuale e complementare.

Le descritte attività che costituivano l'oggetto del contratto inoltre non si conciliano con il C.C.N.L. del settore Logistica, Trasporti merci e Spedizioni, che l'appellante ha dichiarato di applicare ai propri dipendenti (giacché esso disciplina il rapporto di lavoro del personale dipendente dalle imprese di spedizione, anche se denominate transitorie e doganali, dalle aziende esercenti l'autotrasporto di merce su strada per conto di terzi, dalle imprese di servizi logistici e ausiliari del trasporto, dalle imprese di trasporto combinato, dalle imprese svolgenti l'attività di commercio elettronico, dalle agenzie aeree e pubblici mediatori marittimi che esercitano tale attività promiscuamente a quella di spedizione, dalle aziende di magazzini generali, dai terminal, dai depositi, dai centri di distribuzione e centri intermodali per conto terzi, dalle aziende produttrici di energia refrigerante, dalle aziende di servizi logistici anche integrati con attività di supporto alla produzione, operanti singolarmente oppure all'interno di infrastrutture interportuali, autoportuali, portuali ed aeroportuali, con la esclusione delle imprese destinatarie del c.c.n.l. dei lavoratori dei porti, attività che in nessun modo sono ricollegabili neppure indirettamente a quelle oggetto

dell'appalto in questione), rientrando più che ragionevolmente nel C.C.N.L. dei Servizi Ambientali (che disciplina invece il rapporto di lavoro dei dipendenti da imprese e società che, qualunque sia la loro forma giuridica, gestiscono servizi ambientali, intendendosi per tali quelli ricompresi nel servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, quali: la nettezza urbana: spazzamento, raccolta anche differenziata, trasporto dei rifiuti solidi e liquidi di qualsiasi categoria, espurgo pozzi neri; lavaggio cassonetti; impianti per il trattamento, lo smaltimento, il recupero dei rifiuti solidi e liquidi di qualsiasi categoria con o senza recupero energetico; impianti per la potabilizzazione, desalinizzazione e depurazione delle acque con o senza recupero energetico; impianti di produzione di calore ed energia elettrica; i servizi di supporto a quelli di igiene ambientale, quali quelli di officina/manutenzione e quelli dei settori tecnici-amministrativi; con la precisazione che detto C.C.N.L. risulta applicabile altresì anche alle attività accessorie e complementari di: derattizzazione; disinfestazione; disinfezione; demuscazione; diserbo chimico; cura e manutenzione verde pubblico; pubbliche affissioni; deaffissioni; cancellazione scritte; pozzetti stradali; manutenzione strade/segnaletica/semafori; servizi funerari e cimiteriali; illuminazione pubblica; impianti sportivi; piscine).

Correttamente pertanto i primi giudici hanno ritenuto che la ricorrente andasse esclusa dalla gara, avendo dichiarato di non essere tenuta al rispetto degli obblighi di assunzione di lavoratori

appartenenti alle categorie protette in virtù dell'applicazione ai propri dipendenti di un contratto collettivo palesemente non coerente con l'attività oggetto dell'appalto.

6.2.3. E' priva di rilievo la circostanza che la lex specialis di gara non indicasse specificamente quale C.C.N.L. dovesse essere in concreto applicabile, atteso che è del tutto logico e ragionevole ritenere che esso non potesse che essere congruente ed adeguato rispetto all'attività oggetto dell'appalto (in relazione alla quale l'appellante aveva peraltro chiesto ed ottenuto la qualificazione): ciò esclude peraltro, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, qualsiasi difetto di motivazione o illogicità o arbitrarietà della decisione dei primi giudici di ritenere applicabile al caso di specie il C.C.N.L. dei Servizi Ambientali, rendendo anche irrilevante la documentazione prodotta a sostegno della correttezza della dichiarazione circa l'obbligo di assunzione di lavoratori appartenenti alle categorie protette (documenti che si basano sull'applicazione del ricordato C.C.N.L. del settore Logistica, Trasporto merci e Spedizioni), nonché inconferente e generica la doglianza sulla pretesa erroneità della sentenza per non essere stata provata la maggiore onerosità del C.C.N.L. del settore ambientale rispetto a quello del settore logistica, trasporti e spedizioni (ciò senza contare che tale maggiore onerosità deriva proprio dal fatto di non essere l'appellante soggetta all'assunzione obbligatoria di lavori appartenenti alle categorie protette, applicando quel contratto collettivo non coerente con

l'oggetto dell'appalto).

6.3. Sebbene, alla stregua delle osservazioni svolte la sentenza impugnata, sia pur con la diversa motivazione indicata, debba essere confermata, la Sezione ritiene per completezza di esaminare anche gli altri motivi di censura sollevati in primo grado con il ricorso principale e con l'atto per motivi aggiunti, sostanzialmente riproposti con il terzo motivo di gravame, eccezione fatta per il primo motivo che, in quanto non espressamente riproposto, deve intendersi rinunciato, nonché per il secondo ed in parte per il quarto, già esaminati e respinti, secondo quanto osservato nel precedente paragrafo 6.1.

Detti motivi, che per la loro intima connessione possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

6.3.1. Con riguardo alla fase procedimentale della gara a trattativa negoziata n. 18/2012, culminata con l'aggiudicazione provvisoria, l'appellante ha innanzitutto lamentato che, in violazione dei fondamentali principi di parità ed uguaglianza tra i concorrenti, l'amministrazione appaltante avrebbe inammissibilmente non solo consentito a più riprese alla controinteressata aggiudicataria, società Zanetti, di integrare la documentazione mancante, ma addirittura di produrla tardivamente;

inoltre sarebbe stata palesamente violata la *lex specialis*, in quanto all'offerta della predetta aggiudicataria: non era allegata la copia dell'accettazione finanziaria solo richiamata nell'Iscrizione all'Albo

Gestori Ambientali; mancava l'allegazione delle dichiarazioni di conformità ai sensi del D.P.R. 445/2000 per le autorizzazioni agli impianti; mancava l'attestazione e mancava il possesso del requisito di aver seguito proficuamente corsi specifici ex D.P.R. 177/2011; mancava l'attestazione del possesso del 30% dei dipendenti con esperienza triennale ed assunti a tempo indeterminato; non sussisteva il possesso dei due mezzi per interventi con segnaletica stradale e dei due mezzi per interventi su spazi confinanti (alterazione – fotoritocco di documentazione fotografica).

6.3.1.1. Al riguardo occorre innanzitutto rilevare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale dal quale non vi è motivo per discostarsi, in tema di partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici deve distinguersi tra l'ipotesi della mera integrazione o specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara e quella concernente l'introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, soltanto quest'ultima dovendo ritenersi assolutamente non consentita in quanto contraria alla fondamentale regola della par condicio, giacché, ove, per converso, si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita, ma è addirittura dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici,

a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla lex specialis di gara (ex multis, Con. St., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370; sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1255).

6.3.1.2. Nel caso di specie, anche a voler prescindere dalle deduzioni difensive dell'amministrazione appaltate, non smentite dagli atti, secondo cui nessun trattamento privilegiato sarebbe stato in realtà accordato alla controinteressata, giacché anche ad altri concorrenti sarebbe stata consentita la produzione di documenti integrativi di quelli già tempestivamente prodotti, dalla stessa lettura della nota prot. 6511 del 30 maggio 2012, inviata dall'amministrazione appaltante alla controinteressata aggiudicataria, si evince al di là di ogni ragionevole dubbio che la richiesta concerneva effettivamente un mero completamento di documentazione o notizie già tempestivamente e correttamente presentate secondo le previsioni della lettera d'invito.

Si richiedeva infatti, quanto al punto B10 della lettera d'invito, idonea documentazione attestante la dichiarata disponibilità, le caratteristiche e le dotazioni dei seguenti mezzi d'opera: n. 2 mezzi attrezzati per allestimento segnaletica stradale, conforme al codice della strada, per interventi da eseguirsi su strade ad alto scorrimento; n. 2 automezzi attrezzati per interventi da eseguirsi mediante accesso di personale in spazi confinati"; si chiedeva ancora di dare evidenza,

tramite scheda tecnica o libretto di circolazione, che le autobotti delle quali erano state trasmesse le autorizzazioni alla raccolta e trasporto dei rifiuti fossero dotate di doppio canaljet come previsto dal punto B10; si richiedeva la documentazione attestante la disponibilità di u'autobotte 4 x 4 con 4 ruote motrici ad ingombro ridotto per l'accesso ai centri storici e per la pulizia delle fosse Imhoff e fognature dei comuni montani, con la precisazione che del mezzo doveva essere fornita la copia conforme agli originali della documentazione di cui al punto B11) della lettera d'invito, indicando in alternativa, nel caso di noleggio presso altro soggetto, i dati da fornirsi; quanto al punto B14) della lettera si richiedevano gli attestati di frequenza ai corsi specifici previsti dal D.P.R. 177/11 e idonea documentazione attestante il possesso del requisito di cui al punto C.2 della dichiarazione relative al predetto D.P.R. 177/11 [personale in possesso dell'esperienza almeno triennale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato]).

Non si ravvisano pertanto le dedotte violazioni dei fondamentali principi di trasparenza e parità di condizione tra i concorrenti, a tal fine non risultando fondata la dedotta violazione del termine assegnato per tale adempimento, termine che, proprio in quanto collegato ad una mera attività di integrazione e chiarimenti documentali, non poteva ritenersi perentorio (né come tale era indicato nella richiesta formulata dall'amministrazione appaltante); così come nessun vizio di legittimità può riscontrarsi nella asserita

possibilità concessa alla controinteressata di accludere alla documentazione prodotta a titolo di integrazione atti indicati nella nota di trasmissione, ma per mero errore evidentemente sfuggiti.

Ciò esclude poi la stessa fondatezza, oltre che la rilevanza, delle ulteriori asserite irregolarità che si sarebbe verificate in ordine alle concrete modalità di presentazione della documentazione integrativa, dovendo poi ritenersi mere illazioni le ipotizzate interlocuzioni che sarebbero intervenute tra i rappresentanti della controinteressata aggiudicataria e non meglio presentanti operatori dell'amministrazione appaltante.

6.3.2. Ugualmente prive di fondamento sono le censure che inficerebbero gli atti impugnati per i vizi asseritamente verificatisi nella fase dell'aggiudicazione definitiva.

Quanto alla violazione del termine di 20 giorni, entro cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto produrre la documentazione indicata nella lettera d'invito, termine che sarebbe stato macroscopicamente violato senza che a ciò conseguisse la esclusione dalla gara dell'interessata, la Sezione deve rilevare, sotto un primo profilo, che non vi era alcuna espressa previsione di comminatoria di decadenza dall'aggiudicazione per il mancato rispetto del termine e, sotto altro profilo, che in ogni caso la presentazione di quella documentazione non atteneva più ad una fase procedimentale in senso stretto, la gara essendosi ormai conclusa con l'aggiudicazione definitiva.

Se per un verso, quindi, non risulta sussistente la violazione dei

principi di imparzialità e par condicio dei concorrenti, d'altra parte al ritardato adempimento delle prescrizioni previste nella lettera d'invito è opponibile il ragionevole affidamento circa la non perentorietà del termine.

Del resto, neppure nella lettera prot. 7908 – P del 26 giugno 2012, con cui l'amministrazione appaltante ha informato la Zanetti dell'aggiudicazione in suo favore dell'appalto, chiedendole la produzione della documentazione prevista a pagina 11 della lettera d'invito, al mancato rispetto del termine dei 20 giorni viene fatto conseguire la decadenza dall'aggiudicazione, essendo piuttosto ricollegato un potere discrezionale (facoltà) di valutazione dell'eventuale inadempimento, con eventuali, ma non automatici e necessari, incameramento della cauzione e decadenza dell'aggiudicazione.

Ciò esclude d'altra parte anche la rilevanza dell'ulteriore profilo di contestazione sollevato dall'appellante per aver consentito, sempre tardivamente e cioè oltre il predetto ventesimo giorno, una asseritamente corposa integrazione documentale, al riguardo essendo appena il caso di sollevare che, come già osservato in precedenza, l'integrazione documentale fattispecie ontologicamente diversa dalla mancata produzione della documentazione necessaria ai fini della stessa ammissione alla gara o alla comprova del possesso di determinati requisiti, attenendo ad una fase di chiarimenti, completamento e precisazione di documentazione prodotta o di

requisiti già provati.

Quanto infine alle questioni attinenti alla mancata corrispondenza del piano sicurezza alle prescrizioni ed esigenze espresse dalla lex specialis, alla mancata allegazione dell'avvenuta denuncia dei lavori INAIL, INPS e altri enti; alla mancata corrispondenza tra la dichiarazione negativa ex D.P.R. n. 445 del 2000 circa le modifiche intervenute alle autorizzazioni, iscrizioni ed accettazioni finanziarie in quanto non si darebbe atto del rinnovo delle autorizzazioni presentate in sede di qualifica e quelle trasmesse successivamente; alla mancata presentazione di fideiussione conforme al fac simile consegnato ed alla mancata presentazione di idonea Polizza assicurativa, è sufficiente osservare che si tratta di vizi eventualmente di natura meramente formale e come tali in ogni caso del tutto influenti al fine della mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara e per potere effettivamente conseguire la aggiudicazione definitiva, tanto più che non è del resto stato contestato l'effettivo possesso dei requisiti e l'effettiva sussistenza in capo alla società Zanetti di tutte le condizioni per poter ottenere l'aggiudicazione, lamentandosi piuttosto che sarebbe stato inammissibilmente consentita la tardiva integrazione della documentazione (profilo in relazione al quale si rimanda alle osservazioni già svolte).

7. In conclusione l'appello deve essere respinto, dovendo trovare conferma la sentenza impugnata, sia pure con la parzialmente diversa motivazione indicata.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società Borgo Spurghi s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, n. 563 dell'11 giugno 2013, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/07/2014

IL SEGRETARIO

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