

Publicato il 19/10/2021

N. 00880/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00405/2021 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 per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 405 del 2021, proposto da
A e G Riscossioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Padania Acque S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti e
Federico Milani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- a) del provvedimento di esclusione della soc. ricorrente dalla gara prot. 8375 del 23/06/2021;
- b) del disciplinare di gara, punto 7.3 lettera b) nella parte in cui dovesse essere inteso, in contrasto con l'art. 83 del D.Lgs. 50/2016, nel senso che i n.2 servizi di punta, aventi ad oggetto l'attività di fotolettura dei contatori idrici, debbano essere identici e non semplicemente analoghi;

- c) del bando di gara, punto III.1.3) nella parte in cui dovesse essere inteso, in contrasto con l'art. 83 del D.Lgs. 50/2016, nel senso che i n.2 servizi di punta, aventi ad oggetto l'attività di fotolettura dei contatori idrici, debbano essere identici e non semplicemente analoghi;
- d) del verbale di gara del 04/06/2021, mai trasmesso, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha deliberato di disporre il soccorso istruttorio nei confronti della ricorrente;
- e) del verbale di gara, di dati ed estremi ignoti, nel quale la commissione giudicatrice ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara;
- f) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto, ivi inclusa l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di altro concorrente, per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, nonché per il subentro nella sua esecuzione da parte della ricorrente che dichiara la sua disponibilità al predetto subentro;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Padania Acque S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2021 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta bandita da Padania Acque s.p.a., gestore unico del servizio idrico integrato della Provincia di Cremona, per l'affidamento del *“Servizio di fotolettura dei misuratori idrici presso le utenze di Padania Acque SpA”*, per la durata di 48 mesi e per un valore totale stimato, IVA esclusa, di € 2.027.788,40.
2. Sia il bando che il disciplinare di gara hanno previsto il seguente requisito di capacità professionale e tecnica: *“aver regolarmente eseguito, negli ultimi 3 (tre) anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, n. 2 servizi di punta relativi*

all'attività di «fotolettura misuratori idrici» per un quantitativo di almeno 200.000 fotoletture eseguite per ciascun contratto, nell'arco temporale di 12 mesi ricompresi nel predetto triennio”.

3. La società ricorrente ha dichiarato, all'interno del DGUE, di aver eseguito i seguenti servizi di punta nel triennio: 1) Valle Umbra Servizi S.p.A.: “Contratto Rep. 7499 del 26/05/2020 per la fotolettura contatori acqua e gas 26/05/2020-30/04/2020 nr. 205.920 fotoletture eseguite effettive”; 2) ACA Pescara S.p.A.: “Contratto Rep 1309 del 11/09/2020 per il servizio di fotolettura contatori idrici 11/09/2020-30/04/2020 nr. 211.775 fotoletture eseguite”.

3. La stazione appaltante ha esercitato il soccorso istruttorio dopo aver rilevato che i servizi resi in favore di Valle Umbra non risultavano pertinenti, avendo ad oggetto n. 205.920 fotoletture non solo dei contatori idrici ma anche di quelli del gas. La stazione appaltante ha quindi invitato la concorrente a documentare eventuali ulteriori servizi di punta.

4. L'interessata ha riscontrato il soccorso istruttorio precisando *“di non avere servizi di punta diversi da quelli prodotti in sede di gara e che, per quanto attiene quello reso a favore di Valle Umbra Servizi S.p.A. è del tutto equivalente”.*

5. Con provvedimento prot. 8375 del 23 giugno 2021, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della ricorrente, osservando che:

- la legge di gara, fissata dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità, ha previsto che i due contratti di punta dovessero riguardare entrambi la fotolettura di misuratori idrici, per cui non avrebbero potuto essere presi in considerazione servizi di punta relativi alla fotolettura di misuratori del gas; e ciò anche in ossequio al principio di *par condicio*, non potendosi escludere che altri operatori avessero rinunciato a partecipare alla gara per il fatto di non essere in possesso del requisito specificamente riferito alla fotolettura di misuratori idrici;

- limitatamente alla fotolettura di misuratori idrici, il servizio reso in favore di Valle Umbria Servizi è insufficiente ad integrare il requisito, essendo il

numero di fotoletture inferiore a quello minimo richiesto dalla legge di gara;

- né sarebbe possibile cumulare i due servizi di punta e quindi ritenere sufficienti soltanto le fotoletture di misuratori idrici svolte nell'ambito del servizio per ACA Pescara, dal momento che la legge di gara richiedeva che i due servizi fossero fatti valere in via autonoma uno dall'altro.

6. Con ricorso notificato il 9 luglio 2021 e depositato in pari data, l'interessata ha impugnato il provvedimento di esclusione e, in subordine, la legge di gara, deducendo un'unica censura, lamentando vizi di *“difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione di Legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara – Nullità della clausola della lex specialis – Violazione del bando tipo n.1/2017 dell'ANAC”*; in particolare, secondo la parte ricorrente:

- il servizio di fotolettura dei contatori del gas sarebbe del tutto analogo a quello di fotolettura dei contatori idrici: per entrambe le attività, infatti, sarebbe infatti necessario il medesimo automezzo per il trasferimento della squadra di operai, la medesima tipologia e qualifica dei dipendenti, il medesimo palmare e lo stesso software di trasmissione dei dati raccolti alla stazione appaltante;

- verrebbe quindi in rilievo l'art. 83 del d. lgs. 50/2016, secondo cui le stazioni appaltanti possono richiedere ai concorrenti l'avvenuta esecuzione di servizi o forniture analoghi a quelli dell'oggetto del contratto;

- lo stesso principio è stato affermato dall'ANAC nel bando tipo n. 1/2017;

- la giurisprudenza ha chiarito che il concetto di “servizio analogo” deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità”;

- la stazione appaltante avrebbe fornito una lettura della legge di gara distonica rispetto a tali principi;
- inoltre, se può esser vero che nel caso di specie la lex specialis faceva espresso riferimento soltanto a contratti pregressi che avessero avuto ad oggetto fotoletture di contatori idrici, tale clausola dovrebbe ritenersi “eterointegrata” dalla norma primaria che ammette la possibilità di far valere come requisito esperienziale anche l’effettuazione di servizi analoghi;
- in subordine, una diversa lettura della prescrizione capitolare ne determinerebbe la nullità ai sensi dell’art. 83 comma 9 del Codice, secondo cui sono nulle le clausole contrarie alle previsioni di legge.

7. Padania Acque s.p.a. si è costituita in giudizio depositando documentazione e resistendo al gravame con memoria difensiva, eccependo preliminarmente l’inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della previsione immediatamente escludente della legge di gara in ordine al possesso del requisito in questione. In subordine, nel merito, ha contestato la fondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto, in particolare osservando che:

- la possibilità di far valere in gara, come requisito esperienziale, l’effettuazione di servizi analoghi (anzichè identici) a quello oggetto di gara non costituisce un principio di carattere generale, ma è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante all’atto di redigere il bando di gara;
- nel caso di specie, l’intento della Stazione Appaltante sotteso alla previsione del requisito di capacità tecnica e professionale in questione è stato quello di ammettere, ai fini dell'affidamento del servizio di specie, soltanto quegli operatori che avessero maturato, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara, un'esperienza pregressa nella conduzione della medesima prestazione oggetto di gara (fotolettura di misuratori idrici), e ciò in considerazione della peculiarità delle attività dedotte in affidamento, riconducibili ad un settore altamente regolato e connotato da previsioni e procedure specifiche normate a livello di normativa (anche di rango

regolamentare) di settore, diverse da quelle afferenti alla lettura dei contatori del gas.

8. Con ordinanza n. 239 del 29 luglio 2021, la Sezione, *“impregiudicata ogni valutazione in rito e nel merito”*, ha accolto la domanda cautelare *“ai soli fini della riammissione in gara della ricorrente e dell’esame della sua offerta da parte della commissione”*, fissando l’udienza pubblica di discussione del merito per il giorno 13 ottobre 2021.

9. In prossimità dell’udienza pubblica, le parti hanno integrato la propria documentazione e depositato memorie conclusive e di replica nei termini di rito. In particolare, Padania Acque ha dedotto e documentato che, in esito alla riammissione in gara della parte ricorrente e alla valutazione delle offerte ammesse, la procedura di gara è pervenuta, in forza di verbale della commissione di gara del 29 settembre 2021, alla proposta di aggiudicazione proprio in favore della ricorrente, che ha conseguito il secondo miglior punteggio tecnico (pari a 61,463 punti) e il secondo miglior punteggio economico (pari a 14,880 punti), da cui il miglior punteggio complessivo (pari a 76,343 punti). Con provvedimento del 30 settembre 2021, Padania Acque ha quindi comunicato ad A e G Riscossioni l’esito conseguito, *“ferma restando in ogni caso l’ammissione con riserva in virtù (dell’ordinanza cautelare di questo TAR)”*, invitando la stessa a depositare la documentazione necessaria alla verifica circa i costi della manodopera, nel rispetto della normativa applicabile.

10. Alla luce dell’esito della procedura di gara, la parte ricorrente ha dedotto la persistenza del proprio interesse ad ottenere l’annullamento del provvedimento impugnato, ribadendo le proprie deduzioni e difese sia in ordine all’infondatezza delle eccezioni preliminari formulate dalla stazione appaltante, sia, per contro, alla fondatezza dei motivi di ricorso.

11. La stazione appaltante, nel ribadire a sua volta le proprie difese, ha esposto di attendere la decisione di questo TAR ai fini della conclusione della procedura di gara con l’aggiudicazione definitiva.

12. All'udienza pubblica del 13 ottobre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. E' fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla difesa della stazione appaltante, in considerazione della tardiva impugnazione della legge di gara nella parte – produttiva di effetti immediatamente escludenti nei confronti della ricorrente - in cui richiedeva, quale requisito esperienziale, l'avvenuta effettuazione nel triennio antecedente al bando di gara di servizi identici a quello oggetto di gara, e quindi riferiti specificamente all'attività di fotolettura di misuratori *“idrici”*.

2. Per contrastare tale eccezione, la parte ricorrente ha sostenuto che la legge di gara non sarebbe stata chiara nel richiedere l'“identità” del servizio pregresso svolto dal concorrente rispetto a quello oggetto di gara, di modo che il requisito dovrebbe essere inteso nel senso di richiedere come esperienza professionale l'effettuazione pregressa di servizi *“analoghi”*; una diversa interpretazione sarebbe in contrasto con l'art. 83 comma 2 del Codice Appalti, nella parte in cui richiede che i requisiti dei concorrenti (di capacità tecnica e professionale, di capacità economica e finanziaria) siano *“attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”*, pena la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Più in generale, la parte ricorrente ha sostenuto che, in mancanza di una espressa richiesta di identità dei servizi pregressi, il requisito esperienziale dovrebbe sempre essere riferito a servizi *“analoghi”*, essendo il concetto di analogia immanente nell'ordinamento, salva diversa previsione della legge di gara, in presenza di un interesse pubblico specifico e ben evidenziato.

3. Il Collegio non condivide le argomentazioni di parte ricorrente.

3.1. Giova premettere che, secondo condivisibili principi giurisprudenziali (da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 31/03/2021, n.2710), *“Ai fini della*

configurazione del requisito dell'esperienza pregressa, la richiesta di avere svolto servizi uguali, piuttosto che analoghi, rientra nell'ampia discrezionalità della quale godono le stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché “attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione” (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016).

3.2. Nel caso di specie, nel contesto di una gara avente ad oggetto il servizio di *"fotolettura dei misuratori idrici"*, la stazione appaltante ha richiesto coerentemente, quale requisito di capacità tecnica e professionale, quello di aver eseguito, nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, n. 2 servizi di punta relativi all'attività di *"fotolettura misuratori idrici"* per un quantitativo di almeno 200.000 fotoletture eseguite per ciascun contratto, nell'arco temporale di 12 mesi ricompresi nel predetto triennio (cfr. punto III.1.3.del bando e art. 7.3. del disciplinare).

Nei termini in cui è stata formulata, la legge di gara non presenta margini di incertezza o di ambiguità nel richiedere l'esatta identità dei servizi pregressi rispetto a quello oggetto di gara.

3.3. In tal senso depone, innanzitutto, l'interpretazione letterale della legge di gara.

La giurisprudenza ha chiarito che “l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale", anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle imprese; dall'interpretazione letterale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Consiglio di Stato sez. V, 31/03/2021, n.2710; Cons. Stato, III, 6 marzo 2019, n. 1547)

La lettera della legge di gara era chiara, ad avviso del Collegio, nel riferire il requisito esperienziale alla fotolettura di “*misuratori idrici*”, senza che residuassero margini di ambiguità.

3.4. Nello stesso senso depone l'interpretazione logico sistematica della clausola della legge di gara, dal momento che la parte ricorrente non ha provato (ma solo dedotto genericamente) l'asserita analogia del servizio di fotolettura dei misuratori del gas rispetto a quello dei misuratori idrici, laddove invece la stazione appaltante ha fornito argomenti non irragionevoli in ordine alla non assimilabilità dei due servizi sia sotto il profilo regolamentare, sia sotto quello delle modalità tecniche di rilevazione dei dati (cfr. memoria di costituzione, pagg. 18 e ss.).

3.5. In ogni caso, l'asserita irragionevolezza della legge di gara, ove mai sussistente, avrebbe dovuto essere fatta valere immediatamente dalla parte ricorrente con la tempestiva impugnazione della legge di gara; in presenza, infatti, di una previsione della legge di gara che richiedeva testualmente l'effettuazione pregressa del medesimo servizio oggetto di gara, e che pertanto rivestiva per la ricorrente – sprovvista di tale requisito – carattere immediatamente escludente, la ricorrente avrebbe dovuto impugnarla nel termine decadenziale di 30 giorni dalla sua pubblicazione, avvenuta il 28 aprile 2021, mentre il ricorso è stato notificato soltanto il 9 luglio 2021.

3.6. Quanto meno, la parte ricorrente avrebbe potuto e dovuto richiedere un chiarimento alla stazione appaltante, anziché dare per scontato che il requisito esperienziale richiesto dal bando di gara, benchè riferito testualmente alla fotolettura di misuratori “idrici”, fosse estensibile anche ai misuratori del gas, predicando una asserita analogia dei due servizi del tutto indimostrata e comunque non utilizzabile in gara in mancanza di una espressa estensione del requisito a servizi analoghi.

4. Di qui l'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto avverso un provvedimento adottato dalla stazione appaltante quale atto vincolato, in

osservanza di una espressa previsione della legge di gara non impugnata tempestivamente.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la parte ricorrente a rifondere a Padania Acque s.p.a. le spese di lite, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Ariberto Sabino Limongelli, Presidente FF, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

Elena Garbari, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Ariberto Sabino Limongelli

IL SEGRETARIO