

N. 05824/2015REG.PROV.COLL.

N. 03996/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3996 del 2015, proposto dal Consorzio Servizi Qualificati (CIQ), in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Inglese, Marinella Baldi e Marco Petrone, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco Petrone in Roma, piazza Giuseppe Mazzini n. 27;

contro

A2a Reti Gas s.r.l. e A2A s.p.a. in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avvocati Vito Salvadori, Alberto Salvadori e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso l'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

nei confronti di

Aenergia s.r.l., Bonzi s.r.l., Simco s.r.l., Antonini s.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti, non costituite in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Lombardia, sede di Brescia, Sezione II, n. 00156/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori riguardante misuratori di gas

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A2A Reti Gas s.r.l. e di A2A s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Marco Petrone e Gabriele Pafundi, in dichiarata delega dell'avvocato Vito Salvadori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, sede di Brescia, rubricato al n. 158/2014, il Consorzio Servizi Qualificati C.I.Q. impugnava il provvedimento con il quale A2a Reti Gas s.r.l. aveva aggiudicato ad Aenergia s.r.l., al raggruppamento temporaneo Simco e Spes e al raggruppamento temporaneo Bonzi, CO.R.MET e Fraternità Servizi (primi tre classificati) i tre lotti della procedura negoziata per l'aggiudicazione dei lavori riguardanti misuratori di gas; impugnava inoltre la comunicazione di avvenuta comunicazione in data 17 gennaio 2014, i provvedimenti di ammissione alla gara delle contro interessate chiedeva la declaratoria di inefficacia dei tre contratti da stipulare; in via graduata, chiedeva l'annullamento del regolamento di A2A Reti Gas s.p.a., dell'avviso di gara, della lettera di invito, di tutti i documenti della *lex specialis* e dei verbali, nonché dell'informativa ex art. 243 *bis* quarto comma del codice degli appalti.

La ricorrente riferiva di avere partecipato alla gara d'appalto indetta da A2A Reti Gas s.p.a. per l'affidamento dei lavori concernenti i misuratori del gas (nuove attivazioni, riaperture, riattivazioni, subentri, verifiche tecniche, sostituzioni contatori, consegna chiavi, sospensione e interruzione per morosità, posa dispositivi di tele misura, etc.).

La gara era ripartita in tre lotti (ciascuno per un base d'asta di 1.500.000 €) da assegnare a tre distinti concorrenti con il metodo del prezzo più basso: in particolare la *lex specialis* imponeva al secondo e al terzo classificato di allinearsi al minor prezzo offerto.

Al termine del confronto comparativo, il Consorzio CIQ si piazzava al sesto posto con il 27,5%, preceduto da Aenergia (ribasso del 32,55%), Simco/Spes (30,21%), Bonzi/Coromet/Fraternità Servizi (29,16%), Antonini/Comer Servizi (27,82%), RTI Tagliabue/Tubigas (27,80%).

Con il suddetto gravame Consorzio Servizi Qualificati impugnava gli atti sopra indicati, articolando le seguenti censure in diritto, così riassunte nella sentenza di prime cure:

CON RIGUARDO ALLA PRIMA CLASSIFICATA (AENERGIA SRL)

- a) Violazione della *lex specialis*, degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, in quanto Aenergia ha trasmesso la richiesta di partecipazione come impresa singola, avvalendosi della facoltà di cooptare altra impresa (AGF Nuovagroup Srl avente sede in Romania), senza specificare nulla sul requisito di capacità tecnica di quest'ultima e neppure sulla porzione di attività che la stessa realizzerà nell'appalto;
- b) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la cooptata AGF Nuovagroup ha sottoscritto i documenti di gara compresa la domanda di partecipazione, ha prestato fideiussione, ha siglato l'offerta economica, atteggiandosi come un'impresa raggruppata pur non potendo acquistare lo status di concorrente;
- c) Violazione della par condicio tra i partecipanti dato che, in sede di domanda di partecipazione, Aenergia ha ommesso di dichiarare i requisiti tecnici di Nuovagroup, e la stazione appaltante ha indebitamente disposto un'acquisizione postuma;

SULLA SECONDA CLASSIFICATA (RTI SIMCO/SPES)

- d) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, visto che la mandante Spes ha dichiarato di possedere il requisito di capacità tecnica nella misura del 40% e Simco ha dichiarato attività analoghe per un importo complessivo nel triennio di € 4.698.363, mentre non vengono indicate le quote di partecipazione e le quote di esecuzione;
- e) Violazione degli artt. 34 e 37 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, in quanto l'offerta economica doveva essere presentata su piattaforma informatica con sottoscrizione mediante firma digitale, e successivamente i concorrenti dovevano allinearsi alla migliore offerta: sia la dichiarazione di allineamento che la prima offerta economica sono state sottoscritte esclusivamente dalla mandataria Simco, quando il raggruppamento non si era ancora costituito;
- f) Violazione della par condicio, poiché nella domanda di partecipazione mancava l'impegno di cui alla lettera k) dell'invito, e cioè la garanzia della disponibilità giornaliera delle maestranze richieste dalla stazione appaltante (l'impegno è stato assunto solo ex post a seguito di specifica richiesta);

SULLA TERZA CLASSIFICATA (RTI BONZI/COROMET/FRATERNITA' SERVIZI)

- g) Violazione degli artt. 34 e 37 della *lex specialis*, dato che l'avviso di gara prevedeva che il requisito di capacità tecnica fosse posseduto per il 60% dalla mandataria e la restante percentuale dalla mandante o dalle mandanti, ciascuna con almeno il 20%; Fraternità Servizi ha calcolato il requisito su 37 mesi e non su 36 come richiesto dal bando, e dunque non raggiungeva la soglia minima del 20%;

h) Violazione della *lex specialis*, illogicità manifesta, in quanto Fraternalità servizi ha reso le dichiarazioni a firma dell'amministratore delegato Sig. Quartini che (a differenza del Presidente della Cooperativa), vanta poteri limitati alle deleghe conferite, tra le quali non è compresa la partecipazione alle gare pubbliche;

i) Violazione degli artt. 34 e 37 della *lex specialis*, dato che la dichiarazione di allineamento è stata sottoscritta soltanto da Bonzi Srl, senza che il raggruppamento fosse già stato costituito;

SUL QUARTO CLASSIFICATO (RTI ANTONINI/COMER)

j) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la mandante Comer ha attestato un requisito di qualificazione per il 25%, a fronte di una quota di esecuzione pari al 49%;

k) Violazione degli artt. 34 e 37 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, visto che l'offerta economica è stata sottoscritta soltanto dal legale rappresentante di Antonini Srl, senza che il raggruppamento fosse ancora costituito;

l) Violazione della *par condicio*, in quanto il RTI Antonini/Comer ha allegato polizza fideiussoria per € 15.000, importo integrato solo successivamente dietro richiesta della stazione appaltante.

In subordine, la ricorrente deduceva le seguenti censure, il cui accoglimento comporterebbe la caducazione dell'intera gara;

m) Violazione del principio di pubblicità delle sedute, dato che l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica è avvenuta in seduta riservata, viziando irrimediabilmente l'intera procedura di gara; la violazione è ancora più evidente se si considera che il contratto è a rilevanza comunitaria perché non ha natura di appalto di lavori (secondo il criterio sostanzialistico della prestazione), ma di appalto di servizi (cfr. allegati 15 e 16).

Con motivi aggiunti, depositati il 19/2/2014, la ricorrente impugnava gli stessi atti deducendo ulteriormente:

n) Violazione della *lex specialis* e dei principi in materia di verifiche dei requisiti nelle pubbliche gare, inosservanza della *par condicio* ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e illogicità manifesta, dato che i concorrenti dovevano trasmettere la documentazione utile a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara entro 20 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e il termine (di natura perentoria) non è stato rispettato;

o) Violazione della *lex specialis* e degli artt. 48 e 92 comma 5 del D.P.R. 207/2010, visto che la cooptata di Aenergia non ha comprovato i requisiti né la convenzione/contratto ha previsto tale incumbente.

Con ulteriori motivi aggiunti depositati il 16/4/2014 parte ricorrente deduce plurime doglianze ricollegabili alla violazione della *lex specialis* e all'inosservanza degli artt. 38, 42, 48 comma 2 e 74 comma 4 del D. Lgs. 163/2006, posto che i concorrenti avevano 20 giorni di tempo per comprovare i requisiti: in particolare la legge di gara contemplava la dichiarazione di buon esito rilasciata in conformità a quanto previsto dagli artt. 42 e 48 del D. Lgs. 163/2006, e il requisito esperienziale correlato ad attività corrispondenti con l'oggetto dell'appalto (cfr. chiarimenti della stazione appaltante – doc. 19). In proposito si registrano carenze nei requisiti generali e speciali di Aenergia (e della sua cooptata), ATI Simco e RTI Bonzi.

Con la sentenza in epigrafe, n. 156 in data 26 gennaio 2015, il Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Brescia, Sezione II, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza Consorzio Servizi Qualificati propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 3996/2015, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio A2A s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 10 novembre 2015.

3.1. Assume logica precedenza (atteso che, come verrà illustrato in prosieguo, sono infondate o improcedibili le censure dedotte avverso i provvedimenti di ammissione alla gara di quasi tutte le partecipanti) la doglianza con la quale l'appellante sostiene la globale illegittimità degli atti della procedura, chiedendo il loro annullamento allo scopo di ottenere la sua ripetizione e quindi una nuova possibilità di aggiudicazione ovvero il risarcimento della lesione di tale interesse.

Tale argomentazione è infondata.

L'appellante lamenta violazione del principio di pubblicità delle operazioni di verifica della documentazione amministrativa e di apertura delle offerte economiche.

Il principio invocato non è applicabile nella presente fattispecie nella quale le operazioni di gara sono state condotte per via telematica.

Di conseguenza, da una parte è ben difficile ipotizzare, nell'ambito di tale impostazione, una fase assimilabile a quella di apertura delle buste, propria delle gare che si svolgono con l'utilizzo di strumenti cartacei; dall'altra, qualsiasi manipolazione del sistema lascerebbe tracce, rilevabili anche a distanza di tempo.

I concetti elaborati in relazione alle gare svolte con strumenti cartacei non sono quindi applicabili in relazione al caso in esame.

E' peraltro vero che la procedura si è svolta mediante supporto cartaceo nella fase finale, nella quale la seconda e la terza classificate hanno dovuto manifestare la volontà di accettare il ribasso contenuto nella migliore offerta.

Peraltro, a tale riguardo deve essere osservato che in tale fase le partecipanti non dovevano presentare un'offerta di contenuto non conoscibile da terzi, riguardo alla quale si pone il problema di non sostituibilità (come può avvenire, con metodi che costituiscono grave reato, per sostituire un'offerta non vincitrice con altra, migliore di tutte le rimanenti) e di certezza della non conoscibilità, al fine di evitare che altre partecipanti alla gara possano graduare la propria proposta sulle altre.

Nel caso in esame, infatti, le manifestazioni di volontà di cui si tratta avevano un contenuto certo e immutabile (accettazione o non accettazione del miglior ribasso offerto) per cui la genuinità delle offerte era assicurata anche in mancanza della seduta pubblica.

3.2. La censura deve quindi essere respinta, per cui il Collegio deve procedere all'esame delle contestazioni mosse avverso l'ammissione alla gara delle altre concorrenti.

Al riguardo, deve essere osservato che la normativa di gara prevedeva la ripartizione delle prestazioni da appaltare in tre lotti, che dovevano necessariamente essere aggiudicati a tre imprese, o raggruppamenti, diverse.

L'appellante ha presentato la sesta migliore offerta per cui può ottenere il bene della vita ottenendo l'esclusione di almeno tre imprese.

Atteso che non ha proposto censure avverso la quinta classificata, deve ottenere l'annullamento dell'ammissione di almeno due imprese per diventare aggiudicataria di uno dei tre lotti nei quali è diviso l'appalto

4.1. Deve in primo luogo essere respinta la doglianza con la quale l'appellante sostiene che alcune delle partecipanti dovevano essere escluse avendo presentato la documentazione integrativa oltre il termine di cui all'art. 48, secondo comma, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Al riguardo, deve essere condivisa la tesi dell'appellata la quale rileva che la gara in parola riguarda un contratto pubblico in settore speciale sotto soglia comunitaria.

Di conseguenza, la gara ricade sotto la disciplina di cui all'art. 238 del d. lgs. 163/2006.

Quest'ultimo, al primo comma dispone che alle sole amministrazioni aggiudicatrici si applicano le disposizioni della parte III per gli appalti di lavori, forniture e servizi rientranti sotto la suddetta soglia e che rientrano fra le attività previste dagli artt. Da 208 a 213.

Il successivo settimo comma dispone invece che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali e esclusivi per le stesse categorie di appalti applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, fermo restando che la stessa deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza.

Rileva il Collegio che nella specie non è contestato che l'appellata non abbia la natura di amministrazioni aggiudicatrici (in realtà ciò non è contestato), per cui il suo operato soggiace alla regola dettata dal settimo comma dell'art. 238.

Di conseguenza, le sue procedure sono disciplinate dai suoi regolamenti, che non hanno la rigidità prevista dalla normativa generale sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Afferma ulteriormente il Collegio, in accordo con quanto sostenuto dal primo giudice, che non assurge al rango di principio la disciplina della scansione temporale delle operazioni di verifica dei requisiti dei partecipanti alla gara.

In conclusione, il contrasto con l'art. 48, secondo comma, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non inficia le determinazioni della stazione appaltante.

5.1. L'appellante sostiene che la prima aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto ha partecipato insieme ad altro soggetto indicato come cooptato mentre la sua partecipazione al procedimento è stata pari a quella di un associato nell'ambito di un raggruppamento, senza rispettare quanto necessario per costituire l'associazione temporanea.

La tesi non è condivisibile.

Contrariamente a quanto avvenuto nel precedente al quale si richiama l'appellante (C. di S., V, 26 febbraio 2013, n. 4278) nel presente caso la cooptata non ha assunto alcun obbligo nei confronti della stazione appaltante.

La sottoscrizione della domanda, dell'offerta e dei documenti relativi alla cauzione appaiono quindi un mero rafforzamento dell'obbligazione assunta dalla cooptante, senza che muti la qualificazione del rapporto e quindi degli obblighi che su di essa incombono.

5.2.. L'appellante sostiene che la cooptata doveva dimostrare all'atto della partecipazione il possesso dei necessari requisiti.

Al riguardo, il Collegio condivide la tesi del primo giudice il quale rileva che la normativa di gara non accollava tale onere ai partecipanti che intendessero avvalersi di una cooptata; in tale situazione di fatto, legittimamente l'appellante ha ammesso l'utilizzo del soccorso istruttorio.

5.3. L'appellante lamenta violazione dell'art. 38 primo comma lett. b) e c) del d. lgs. 163/2006, essendo stata omessa l'indicazione del cessionario del ramo d'azienda dell'impresa cooptata.

Anche a questo proposito deve essere ribadito che il rapporto fra l'aggiudicataria e l'altra impresa è di mera cooptazione, e che la cooptata non assume la qualità di concorrente.

Può condividersi l'assunto secondo il quale anche la cooptata deve dimostrare i propri requisiti morali (è più dubbio se debba dimostrare anche quelli della cessionaria), ma nella laconicità della normativa (art. 92, quinto comma, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), tale da rendere incerta la portata degli obblighi a carico della concorrente e della cooptata, incertezza non chiarita dal bando di gara, l'omissione può portare solo alla richiesta, da parte della stazione appaltante, di documentazione integrativa.

Di conseguenza la censura per assumere un significato sostanziale, e non di mera forma, dovrebbe individuare una concreta circostanza che avrebbe inficiato in concreto la partecipazione alla gara della concorrente o quanto meno della cooptata.

Atteso che l'appellante si è limitata a contestare la mancanza della dichiarazione di cui sopra, la censura deve essere respinta.

5.4. L'appellante sostiene che la prima aggiudicataria non ha dimostrato lo svolgimento di attività analoghe a quelle oggetto della gara.

La censura non può essere condivisa in quanto l'aggiudicataria ha dimostrato di avere operato nei settori della costruzione, sostituzione e manutenzione di reti gas, e l'intervento sui misuratori attiene certamente alla manutenzione delle reti gas.

In tale quadro, la documentazione, prodotta successivamente, dalla quale risulta lo svolgimento di lavori specificamente attinenti ai misuratori del gas, costituisce mera specificazione della prima.

5.5. In conclusione, le censure avverso la prima aggiudicataria devono essere respinte.

6.1 La prima doglianza relativa alla partecipazione alla gara del raggruppamento secondo classificato riguarda la violazione degli artt. 34 e 37 del d. lgs. 163/2006 applicabili, ad avviso dell'appellante, in forza del richiamo alle norme vigenti in materia di appalti pubblici, contenuto nella lettera di invito.

La tesi non è fondata in quanto la lettera di invito richiama esclusivamente le norme applicabili alla A2A Rete Gas s.p.a. o alle società del gruppo, senza alcun riferimento a norme diverse da quelle applicabili a soggetti diversi.

Trova quindi applicazione quanto esposto al precedente punto 3.2. al quale ci si richiama nel rispetto del principio di sinteticità.

4.2. Quanto all'affermata contraddittorietà fra la quota di esecuzione di lavori in capo alla mandante dichiarata in sede di qualificazione e quota effettivamente attribuita, deve essere condiviso quanto affermato dalla stazione appaltante, la quale riferisce di avere applicato l'art. 10 della lettera di invito, che ammette dichiarazioni postume.

4.3. La doglianza relativa alla presenza di una sola firma sull'offerta deve essere superata sulla base dell'affermazione, non contestata, secondo la quale il modulo digitale previsto consente l'apposizione di una sola firma; peraltro le imprese hanno confermato l'offerta con strumento cartaceo.

Quanto alla dichiarazione di allineamento, vale quanto esposto al paragrafo 3.1. in relazione al suo contenuto vincolato.

4.4. Le integrazioni documentali ammesse dalla stazione appaltante per dimostrare il possesso dei requisiti di esperienza costituiscono, appunto, mere integrazioni, per cui legittimamente sono state prese in considerazione.

Quanto all'intempestiva presentazione della dichiarazione di cui alla lettera K della lettera di invito,

anche in questo caso il raggruppamento appellato è stato ammesso a una mera integrazione, giustificata dal principio di massima partecipazione.

4.6. Anche le censure proposte nei confronti del raggruppamento secondo classificato devono quindi essere respinte.

5. In conclusione, deve essere rilevato che l'appellante non ha contestato l'atto di ammissione di uno dei partecipanti che lo ha preceduto, riguardo al quale ha prestato acquiescenza, e ha impugnato infondatamente gli atti di ammissione di altri due partecipanti, che lo hanno preceduto.

Di conseguenza, il Consorzio appellante non ha la possibilità di aggiudicarsi l'appalto, avendo presentato, come già sottolineato, la sesta migliore offerta, che rimane preceduta da altre tre.

6. L'appello deve quindi essere respinto.

Le impugnazioni proposte nei confronti degli altri due partecipanti devono essere dichiarate improcedibili.

Le spese del presente grado del giudizio devono essere integralmente compensate, in ragione della sua complessità.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3996/2015, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara improcedibile, nei sensi di cui in motivazione.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 23/12/2015

IL SEGRETARIO

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