

Publicato il 03/11/2021

N. 07341/2021REG.PROV.COLL.
N. 05562/2021 REG.RIC.
N. 05563/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5562 del 2021, proposto da Linea Verde società cooperativa in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con M.B.S. Group società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Farina, Federica Scafarelli e Angelica Maria Nicotina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federica Scafarelli in Roma, via G. Borsi, 4;

contro

Viveracqua s.c. a r.l., Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi - V.E.R.I.T.A.S. s.p.a., non costituite in giudizio;

nei confronti

Athena s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Maria Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

Tizzano Roberto, in qualità di Commissario giudiziale di Athena s.r.l., non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5563 del 2021, proposto da Linea Verde società cooperativa in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con M.B.S. Group società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Farina, Federica Scafarelli e Angelica Maria Nicotina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federica Scafarelli in Roma, via G. Borsi, 4;

contro

Athena s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Maria Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

Viveracqua s.c. a r.l., Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi - V.E.R.I.T.A.S. s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti

M.B.S. Group s.c. a r.l., non costituita in giudizio;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5562 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 678 del 2021, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 5563 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 682 del 2021, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Athena s.r.l. e di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;
Viste le memorie delle parti;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Farina, Scafarelli, Nicotina e Ciervo, anche per l'avv. Esposito;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Viveracqua s.c. a r.l., in qualità di centrale unica di committenza per conto delle consorziate Aquevenete s.p.a., Acque Veronesi s.c. a r.l., Livenza Tagliamento Acque s.p.a., Viacqua s.p.a. e Veritas s.p.a., indiceva una gara suddivisa in dieci lotti autonomi in relazione al territorio di riferimento per l'affidamento del servizio, rientrante nei settori speciali di cui agli artt. 3, comma 1, lett. hh) e 117 del d.lgs. n. 50 del 2016, di lettura massiva dei contatori di utenza con fotolettura, attività di apertura/chiusura contatori con lettura, variazioni contrattuali e morosità, per la durata di ventiquattro mesi con possibilità di rinnovo per ulteriori dodici mesi.

Il lotto 9 della gara, insieme ad altri lotti, veniva aggiudicato ad Athena s.r.l. L'aggiudicazione veniva impugnata dal costituendo Rti secondo classificato composto da Linea Verde società cooperativa, mandataria, e M.B.S. Group società consortile a r.l., mandante.

Nelle more del giudizio la stazione appaltante disponeva la revoca dall'aggiudicazione per motivi diversi da quelli contestati dalla ricorrente Linea Verde, nonché l'esclusione di Athena dalla gara e la nuova aggiudicazione del lotto in favore del Rti Linea Verde - MBS Group.

Athena s.r.l. impugnava tali ultimi provvedimenti.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto respingeva il ricorso di Linea Verde con sentenza n. 678 del 2021, mentre accoglieva quello di Athena con sentenza n. 682 del 2021.

Entrambe le sentenze sono state appellate da Linea Verde; la n. 678 del 2021 (appello n.5562 del 2021) per i seguenti motivi di gravame:

I) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondato il primo ed il terzo motivo di ricorso (quest'ultimo primo motivo del ricorso per motivi aggiunti); *error in iudicando*; sulla fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo e del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti (corrispondenti al primo e al terzo motivo della sentenza impugnata) rispettivamente in ordine alla dedotta inidoneità della relazione ex art. 186-bis l.f. e alla inosservanza del soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante; violazione e falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, lett. b), 110, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016 e dell'art. 186-bis del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii., eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto, ingiustizia manifesta e difetto di istruttoria, nonché violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50 del 2016, violazione del principio di autoresponsabilità e della *par condicio*, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e difetto di istruttoria;

II) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondato il secondo motivo di ricorso; *error in iudicando*; sulla fondatezza del secondo motivo del ricorso introduttivo in ordine alla dedotta carenza del requisito di capacità economica, finanziaria e tecnica professionale di cui all'art. 7.2, lett. b) del disciplinare di gara; violazione degli artt. 83 e 133 d.lgs. n.50 del 2016 nonché dell'art. 7.2, lett. b) del disciplinare di gara; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto, contraddittorietà e difetto di istruttoria.

III) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondato il quarto motivo di ricorso (coincidente con il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti); *error in iudicando*; sulla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c)-bis, d. lgs. n.50 del 2016.

L'appellante ha chiesto, altresì, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara e, in subordine, per equivalente.

La sentenza n. 682 del 2021 è stata appellata (appello R.G. n.5563 del 2021) per i seguenti motivi di gravame:

I) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e/o di interesse in capo ad Athena s.r.l., in ragione della fondatezza del ricorso sub R.G. 936/2020; *error in iudicando*;

II) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 120, comma 11-bis, c.p.a.; *error in iudicando*;

III) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 120, comma 7, c.p.a.; *error in iudicando*;

IV) erroneità della sentenza gravata laddove ha ritenuto fondati tutti e quattro i motivi del ricorso proposto da Athena, esaminati congiuntamente; *error in iudicando*;

V) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato la richiesta di rimessione della questione alla Corte di giustizia e/o alla Corte costituzionale.

Athena s.r.l. si è costituita per resistere agli appelli in entrambi i giudizi, mentre Anac si è costituita solo nell'appello n.5563 del 2021.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 21 ottobre 2021 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, in via preliminare, dispone la riunione dei due appelli, attesa l'evidente connessione soggettiva e oggettiva.

Con riferimento al ricorso in appello rubricato al n. di R.G. n. 5562 del 2021, con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di Athena, atteso che la stessa avrebbe ammesso di aver depositato in sede di soccorso istruttorio, attivato in data 7 maggio 2020 dall'amministrazione, una relazione *ex art. 186 bis, comma 5, L.F.* diversa da quella vagliata dal Tribunale ai fini dell'autorizzazione alla partecipazione alla gara (che la stessa Athena ha definito una bozza depositata per mero errore materiale e priva di valore giuridico), precisando di aver depositato la relazione "ufficiale" (datata 11 marzo 2020) solo nel mese di settembre 2020, ossia decorso ampiamente il termine perentorio assegnato dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50 del 2016: il che avrebbe dovuto comportare l'esclusione di Athena.

Con la terza censura, strettamente connessa, l'appellante ha dedotto che Athena avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis per due ordini di motivi: i) in ragione della dichiarazione fuorviante resa dal legale rappresentate di Athena in sede di soccorso istruttorio; ii) in ragione del fatto che, omettendo Athena la rappresentazione della reale situazione esistente in punto di relazione *ex art. 186 bis, comma 5, L.F.*, la concorrente ha ostacolato il corretto svolgimento della procedura di selezione.

Il motivi sono infondati, atteso che è pienamente condivisibile l'ampia motivazione del giudice di prime cure circa la sussistenza della documentazione necessaria per la partecipazione alla gara.

Difatti, l'autorizzazione del Tribunale Fallimentare assume una portata assorbente rispetto alla richiesta relazione del professionista, volta ad attestare la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, che si ritengono pienamente accertati a seguito della concreta valutazione del giudice fallimentare, a cui è riservato l'apprezzamento di merito in ordine alla partecipazione della gara.

A ciò consegue che anche la dichiarazione presentata dalla controinteressata non può per nulla essere considerata falsa o fuorviante.

Con il secondo motivo di gravame Linea Verde ha contestato l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore dalla controinteressata per carenza del requisito di capacità economica, finanziaria e tecnica professionale, richiesta espressamente dall'art. 7.2, lett. b), del disciplinare di gara a pena di esclusione. Tale requisito consisteva nel possesso del fatturato medio annuo specifico (FAMS), maturato nel triennio solare antecedente alla data di pubblicazione della gara d'appalto, relativo alla realizzazione delle prestazioni analoghe a quelle oggetto del contratto (indicate per tutti i lotti in "lettura contatori servizio idrico integrato"), di importo almeno pari a quello specificamente indicato nello stesso articolo in relazione ai singoli lotti.

Il motivo è fondato.

Ai fini del possesso del requisito di cui all'art. 7.2. lett. b) del disciplinare di gara, Athena avrebbe dovuto possedere un FAMS di € 3.565.000,00, pari alla somma dei FAMS previsti per i singoli lotti ai quali ha inteso partecipare (lotti 1, 2, 3, 8, 9 e 10) e che si è aggiudicata (€ 460.000,00 per il lotto 1; € 460.000,00 per il lotto 2; € 480.000,00 per il lotto 3; € 695.000,00 per il lotto 8; € 1.120.000,00 per il lotto 9; € 350.000,00 per il lotto 10).

Infatti, il Rup, in sede di chiarimenti, aveva precisato che *"il concorrente che partecipa a più lotti deve possedere un fatturato medio annuo che sia pari alla somma dei fatturati minimi richiesti per ciascun lotto"*.

Pur avendo Athena dichiarato un FAMS di € 3.870.851,17, dall'esame della scheda allegata alla sua offerta risulta che il FAMS in relazione alle attività compiute nei tre anni precedenti nel settore idrico è pari ad € 1.523.838,81, in quanto il resto delle prestazioni indicate sono riferibili al settore gas.

Invero, il settore imprenditoriale presupposto dalla *lex specialis* di gara per l'individuazione dei servizi analoghi, è certamente il solo servizio idrico.

Nell'ipotesi in cui il bando preveda come requisito di fatturato specifico lo svolgimento pregresso di servizi analoghi, tale nozione non è assimilata a quella di servizi identici, ma piuttosto, di servizi afferenti il medesimo settore

imprenditoriale o professionale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2021, n. 2048; 2 settembre 2019, n. 6066; 18 dicembre 2017 n. 5944).

La *ratio* sottesa a questa condizione si sostanzia nell'opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche. L'intenzione è, in particolare, quella di soddisfare sia un requisito di natura finanziaria che di natura tecnica, individuando un operatore economico che possegga precedenti esperienze nel medesimo ambito.

La richiesta formulata ai concorrenti risiede nella dimostrazione di una consolidata capacità tecnica nell'ambito dell'apertura e della lettura dei contatori dello specifico servizio idrico, piuttosto che in altri settori, per evidenti ragioni tecniche, atteso che l'idrico è sensibilmente diverso dagli altri servizi, soprattutto nell'attività di apertura dei vani dei contatori e di conseguente lettura. Invero, i contatori in uso nel settore idrico presentano caratteristiche particolari, sia in termini di ubicazione, sia per le operazioni di apertura dei vani in cui sono alloggiati e delle attrezzature a tal fine necessarie, che richiedono una specifica formazione del personale.

I contatori, infatti, sono in larga parte ubicati sulla carreggiata con traffico veicolare o lato carreggiata, o in ambienti confinati, all'interno di pozzi dotati di appositi chiusini di particolare peso (oltre 30 kg) e di dimensioni elevate (superiori a mm 500x500 o diametro > di 400 mm), per l'apertura dei quali è necessario l'impiego di attrezzature diverse da quelle standard (si tratta in particolare dei cosiddetti alza chiusini) e che solo personale adeguatamente formato è in grado di impiegare senza rischi per la propria incolumità, anche in relazione all'interferenza con il traffico veicolare (anche per quanto attiene alle disposizioni di pianificazione, controllo e apposizione della segnaletica stradale).

Le peculiari caratteristiche dei vani di alloggio dei contatori e soprattutto l'interferenza con il traffico veicolare rendono, dunque, il servizio di lettura notevolmente diverso rispetto a quello tipico del settore gas, ove i contatori

sono ubicati all'interno degli edifici in vani di piccole dimensioni e con chiusini la cui apertura è maneggevole, servizio che quindi non può in alcun modo qualificarsi "analogo".

Inoltre, neppure è fondata la contestazione mossa alla stazione appaltante di aver apportato delle modifiche al contenuto del bando.

Invero, nel corso della gara il RUP è intervenuto ben due volte fornendo chiarimenti sulla *lex specialis* di gara, affermando che: "*per servizi analoghi si intende l'esecuzione di servizi che afferiscono al medesimo ambito imprenditoriale di lavoro, quali lettura di contatori industriali o di grandi utenze e la lettura di acque reflue per scarico in pubblica fognatura*", e che "*... per ambito imprenditoriale si intende il settore idrico e, conseguentemente, sono ritenuti analoghi i servizi di lettura di contatori industriali o di grandi utenze e la lettura di contatori di acque reflue per scarico in pubblica fognatura, in ragione delle specificità del settore idrico*" (cfr. le risposte alle istanze di chiarimenti dell'8 e del 15 aprile, versate in atti).

Il Rup, in tal modo, ha fatto applicazione del proprio dovere di chiarimento della *lex specialis* di gara senza manipolarla, ma fornendone piuttosto un'interpretazione autentica, limitandosi così a precisare il settore imprenditoriale di riferimento (che, per la *lex specialis* di gara, deve intendersi solo il servizio idrico integrato, e non quello del gas) ai fini della qualificazione dei servizi analoghi, proprio nell'ottica del contemperamento dell'interesse alla massima partecipazione con quello alla selezione di un imprenditore qualificato.

E' stato, invero, affermato che, se è vero che le uniche fonti della disciplina di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, con la conseguenza che i chiarimenti non possono valere a integrare o a modificare le regole ivi cristallizzate, è anche vero che la precisazione del significato e della portata di alcune prescrizioni poco chiare, se intervenuta prima della presentazione delle offerte, non costituisce un'inedita alterazione delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica (legittima) delle clausole della *lex specialis* dal senso poco intellegibile.

Peraltro, nel caso di specie i chiarimenti sono andati proprio nel senso già reso palese dalla *lex specialis*, che si sono limitati a ribadire, atteso che l'appalto aveva per “oggetto il servizio di lettura, svolta a mezzo di fotolettura, di contatori idrici ed interventi di apertura e chiusura contatori come di seguito specificato:

1. *LETTURE MASSIVE* - Servizio lettura massiva con fotolettura digitale e georeferenziazione dei contatori relativi alle forniture del servizio idrico integrato (contatori acquedotto, pozzi, misuratori di portata). I contatori possono essere sia del tipo a numeratore che a orologio.

2. *OPERAZIONI SU VARIAZIONI CONTRATTUALI* - Servizio di chiusura, riapertura, lettura dei contatori sia a fronte di variazione contrattuale, che per semplice richiesta di verifica straordinaria. La lettura avviene in ogni caso con fotolettura. Questi servizi possono essere su appuntamento per fascia oraria.

3. *OPERAZIONI PER GESTIONE MOROSITÀ* - Servizio di chiusura e sigillatura, per morosità, dei contatori per le forniture di cui sopra, riapertura degli stessi e controllo su quelli chiusi, sempre in ogni caso con fotolettura. Le riaperture, possono avere priorità ed urgenza rispetto alle chiusure” (cfr. art. 1 del disciplinare di gara).

Con riferimento al ricorso in appello rubricato al n. di R.G. n. 5563 del 2021, il tema centrale della controversia riguarda le condizioni di sussistenza o meno del requisito della “regolarità fiscale” (ai fini di cui all’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) in capo ad un operatore economico in concordato preventivo con continuità aziendale su cui grava un debito tributario definitivamente accertato di oltre due milioni di euro, non dichiarato in gara che non dimostri di aver assunto l’impegno a pagare integralmente tali debiti, ovvero di aver formalizzato, prima della partecipazione, un accordo di pagamento soltanto parziale.

Athena era stata esclusa, infatti, ai sensi dell’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, oltre che per falsa dichiarazione (art. 80, comma 5, lett. c-bis).

Il Collegio ritiene che dall’illegittimità dell’ammissione alla gara di Athena per la carenza del requisito di capacità economica, finanziaria e tecnica professionale di cui all’art. 7.2, lett. b) del disciplinare di gara consegua la

sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dell'appello n. 5563 del 2021, atteso che la società non avrebbe comunque potuto partecipare alla gara e conseguire l'aggiudicazione.

Alla luce delle suesposte considerazioni va accolto l'appello R.G. n. 5562 del 2021, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, conseguendone la sopravvenuta carenza d'interesse sull'appello R.G. n. 5563 del 2021 e sul ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, in relazione alle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie il primo (R.G. n. 5562 del 2021) e dichiara improcedibile il secondo (R.G. n. 5563 del 2021).

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO