



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1418 del 2011, proposto da:

Cme Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv.ti Elisabetta Mariotti e Errico Serra, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Via Cipro n. 44;

*contro*

A2a Reti Gas Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Perfetti e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Maria Ughetta Bini in Brescia, Via Ferramola n. 14;

*per l'annullamento*

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 11/10/2011, DI ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA NEGOZIATA PER L'AFFIDAMENTO DELL'APPALTO PER I LAVORI DI COSTRUZIONE DI CONDOTTE DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NEI COMUNI DI MILANO E PROVINCIA;
- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE AGGIUDICATRICE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A2a Reti Gas Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il ricorrente CME ha preso parte alla procedura selettiva per l'affidamento dei lavori di costruzione di condotte di distribuzione del gas nel Comune di Milano (valore dell'appalto pari a € 35.901.000.000 su base triennale, per 6 lotti di 1.995.000 € su base annua). Il metodo prescelto era la procedura negoziata (preceduta dalla pubblicazione di un bando) al prezzo più basso, con offerte da produrre sulla piattaforma elettronica. Alla selezione potevano partecipare i Consorzi e le ATI, e all'uopo erano fissati i requisiti tecnici.

Riferisce CME di aver partecipato come impresa singola, dichiarando di essere un Consorzio tra imprese artigiane, attestando il possesso dei requisiti e di concorrere per le imprese associate CGM Srl e CIMS Srl, che presentavano la dichiarazione sull'idoneità morale e sulla composizione degli addetti, sui saldatori certificati, sulle attestazioni

SOA e sul sistema ISO. Il Consorzio aveva in proprio tutti i requisiti (SOA e lavori analoghi), salvi quelli degli addetti per i quali utilizzava le imprese associate come previsto dalla legge (art. 35 del Codice dei contratti, per cui il Consorzio può usufruire del cumulo con i requisiti delle associate).

Nella prima seduta segreta del 13/5/2011 il CME veniva ritenuto idoneo, senza necessità di ottenere chiarimenti. Il 10/8/2011 veniva trasmesso l'invito a presentare l'offerta (con scadenza fissata per il 20 settembre). In data 1/9/2011 CME chiedeva alla stazione appaltante se era possibile affiancare alle imprese associate un'altra impresa con sede a Milano e con caratteristiche identiche a quelle indicate in pre-qualifica. La risposta era positiva, salva la necessità di rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti tecnico-finanziari prescritti dalla lex specialis. CME presentava quindi l'offerta come impresa singola, aggiungendo alle 2 Società esecutrici già dichiarate una terza impresa (Internazionale GAS Srl).

Riferisce il ricorrente che nella seduta segreta del 22/9/2011 la Commissione nulla rilevava sui requisiti di capacità tecnica della nuova impresa associata, limitandosi a chiedere copia dell'atto costitutivo e dello Statuto del Consorzio alla data del 14/4/2011, termine di scadenza per il ricevimento delle domande di partecipazione. Dalla documentazione pervenuta si evince che Internazionale GAS Srl è divenuta socia il 10/5/2011.

Nella riunione del 7/10/2011 parte ricorrente è stata esclusa perché Internazionale Gas non era aderente al Consorzio all'atto di presentazione della domanda di partecipazione e non poteva godere del regime di favore riservato alle imprese facenti parte di esso. Inoltre alla data del 14/4/2011 non era in possesso della certificazione ISO 9001:2000, requisito richiesto a pena di esclusione. Inoltre era priva di qualificazione SOA OG6 classifica IV che il bando richiedeva a tutti i soggetti chiamati ad eseguire l'appalto (punto III.2.3. lett. c del bando). Anche il Consorzio non poteva essere ammesso per aver indicato un soggetto privo di qualificazione.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- Violazione degli artt. 34, 35 e 37 commi 7, 9 e 12 del D. Lgs. 163/2006, falsa applicazione del bando, violazione dei principi di massima partecipazione alle gare, poiché Internazionale GAS Srl è entrata a far parte del Consorzio nella fase di prequalificazione della procedura, prima della seduta di verifica dei requisiti e addirittura 3 mesi prima della trasmissione della lettera d'invito ai concorrenti, per cui l'esclusione di difetta di una base legislativa;
- Violazione di legge in ordine ai requisiti di partecipazione, inosservanza dei principi di chiarezza, trasparenza, motivazione e di massima partecipazione, poiché in base all'art. 35 del D. Lgs. 163/2006 i requisiti devono essere posseduti e comprovati dal Consorzio, come in effetti è avvenuto;
- Falsa applicazione degli atti di gara, sviamento dell'istruttoria, poiché alla data di verifica dell'offerta del 22/9/2011 e di trasmissione della lettera d'invito a CME (10/8/2011) Internazionale gas possedeva sia il requisito SOA OG6 (sia pur di qualifica inferiore alla IV) sia il certificato ISO;
- Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006;
- Violazione del principio di trasparenza, poiché nel bando non è stato indicato il giorno di apertura delle domande di partecipazione, valido anche per le procedure negoziate, non sono state comunicate le sedute della Commissione, non si è potuto assistere all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa;
- Violazione dell'atto di nomina della Commissione, chiamata a fornire soltanto un "contributo" alla stazione appaltante;
- Violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, dato che il Presidente della Commissione aveva redatto gli atti di gara e versava in condizione di incompatibilità, così come il direttore tecnico;
- Violazione di legge per erroneo richiamo dell'art. 37 comma 6, contraddittorietà e illogicità di comportamento, dato che l'articolo non è applicabile ai consorzi;

- Contraddittorietà sotto altro profilo, poiché la stazione appaltante si è in un primo momento espressa favorevolmente all'ingresso di un nuovo soggetto e poi ha mutato orientamento.

Con ordinanza n. 887, adottata nella Camera di consiglio del 30/11/2011, questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati, mentre il Consiglio di Stato, con ordinanza resa in data 14/2/2012 n. 678 ha respinto l'appello, confermando il provvedimento cautelare di primo grado.

Alla pubblica udienza del 20/6/2012 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

La ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura competitiva per l'affidamento dei lavori di costruzione di condotte di distribuzione del gas nel Comune di Milano.

Il gravame è fondato e deve essere accolto, per le ragioni di seguito precisate.

1. La censura principale sollevata afferisce alla violazione degli artt. 34, 35 e 37 commi 7, 9 e 12 del D. Lgs. 163/2006, alla falsa applicazione del bando, alla violazione dei principi di massima partecipazione alle gare, per cui:

- a) Internazionale Gas Srl è entrata a far parte del Consorzio il 10/5/2011, nella fase di prequalificazione della procedura, prima della seduta di verifica dei requisiti e addirittura 3 mesi prima della trasmissione della lettera d'invito ai concorrenti (quando CME è stata ammessa in data 13/5/2011 Internazionale Gas era già componente del Consorzio); l'esclusione difetta di una base legislativa, poiché al contrario l'art. 37 comma 9 – sul divieto di modificazione del RTI – va riferito all'impegno assunto in sede di offerta (e CME si è impegnata correttamente con la sua proposta); si registra un'irragionevole limitazione della libertà di iniziativa economica; è violato l'art. 37 comma 12 in quanto l'impresa pre-qualificata – invitata ad offrire il 10/8/2011 – poteva presentare l'offerta per sé o quale mandatario di operatori riuniti;
- b) il principio di immodificabilità dell'associazione è attenuato in fase di prequalifica e non può superare unicamente il limite temporale dettato dalla presentazione dell'offerta (in tale momento si realizza la cristallizzazione soggettiva della compagine che partecipa all'appalto);
- c) nel corso della gara la stazione appaltante ha potuto controllare la documentazione della nuova associata;
- d) l'impresa non è l'aggiudicataria ma lo è il Consorzio, per cui al massimo si poteva escludere soltanto la terza impresa inserita.

1.1 La doglianza è fondata. Il Collegio condivide le argomentazioni e le conclusioni raggiunte nella pronuncia cautelare, rispetto alla quale nel presente giudizio si è formato incidentalmente il giudicato (essendo stata confermata in appello l'ordinanza emessa). La statuizione di accoglimento del ricorso risulta, dunque, la più coerente con il carattere di maggior prevedibilità possibile (e auspicabile) che dovrebbe connotare le decisioni giurisdizionali, in quanto essa costituisce il naturale sviluppo delle anticipazioni dispiagate in diritto dal giudice della cautela (cfr. sul punto sentenza Sezione 19/6/2012 n. 1089).

1.2 Il punto di partenza per la risoluzione del "thema decidendum" è costituito dal rapporto tra Consorzi ordinari e Consorzi di imprese artigiane, e dalla verifica della possibilità di applicare ai secondi i commi 9 e 12 dell'art. 37 del D. Lgs. 163/2006 (totalmente dedicati ai primi).

1.3 La resistente A2A sostiene la diversità sostanziale tra le due categorie di Consorzi, poiché quelli di imprese artigiane (art. 34 comma 1 lett. "b" del Codice dei contratti) sono dotati di autonomia giuridica e di un'organizzazione stabile, mentre i raggruppamenti temporanei ed i Consorzi ordinari (lett. "d" ed "e") hanno carattere mobile e sono creati "ad hoc" per partecipare al singolo appalto: per questo l'art. 37 (riferito esclusivamente ai secondi) contempla "a contrario" al comma 9 la possibilità di modificare la loro composizione

fino al momento della presentazione dell'offerta, in deroga al generale principio di immodificabilità della compagine associativa.

1.4 Detto ordine di idee non merita di essere condiviso. Infatti gli ontologici profili differenziali tra le sopra indicate tipologie di soggetti collettivi non giustificano un'interpretazione dell'art. 37 rigorosamente aderente al dato letterale. L'invocato principio della par condicio tra gli aspiranti aggiudicatari non è ad avviso di questo Collegio violato (con la modifica del soggetto collettivo) fino al momento della presentazione delle offerte, che rappresenta la soglia temporale oltre la quale i partecipanti si confrontano su una proposta economica (ed eventualmente tecnica). La regola elaborata dalla giurisprudenza sulla base dell'art. 37 comma 9 (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 20/1/2011 n. 154) ben può essere quindi estesa a tutte le compagini che intendono conquistare una quota di mercato nel settore degli appalti pubblici, non ravvisandosi la lesione dei fondamentali principi di evidenza pubblica di matrice interna e comunitaria.

1.5 Alcun effetto ostativo può desumersi, per la fase di gara, dall'art. 51 del D. Lgs. 163/2006, il quale regola tra l'altro le vicende (modificazioni) soggettive del candidato e dell'offerente. Infatti l'ammissione alla gara, l'aggiudicazione e la stipulazione non sono precluse a priori ma restano subordinate all'accertamento "sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante". Ciò significa che il mantenimento dei requisiti può rappresentare l'oggetto di una verifica durante e anche successivamente all'espletamento della procedura selettiva, ed in tal modo il legislatore valorizza il dato sostanziale dell'affidabilità tecnica senza ancorarlo ad un preciso segmento temporale.

Gli articoli 116 e 118 riguardano in via diretta ed esclusiva la fase di esecuzione del contratto, e dunque vicende soggettive che sono intervenute dopo la presentazione dell'offerta, per cui restano estranee alla vicenda di cui si discorre in questa sede.

Non può neppure invocarsi, in senso contrario, l'art. 55 comma 6 del Codice dei contratti, il quale statuisce che "Alle procedure ristrette, per l'affidamento di lavori, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, ...". In effetti nella fattispecie il Consorzio ha partecipato alla gara come impresa singola ed era autonomamente in possesso dei requisiti (cfr. seduta della Commissione del 13/5/2011). L'aggiunta di un nuovo soggetto determina una modificazione della compagine associativa, ma sui requisiti di qualificazione la stazione appaltante ben può provvedere ad una verifica supplementare anteriormente alla presentazione delle offerte. Neppure la regola che circoscrive l'ammissione ai soli soggetti che hanno presentato domanda di pre-qualifica è dunque violata, poiché il Consorzio aveva ritualmente presentato l'istanza e come tale è stato ritenuto idoneo ad accedere alla fase successiva, mentre l'ingresso di un componente ulteriore richiede semplicemente il controllo dei requisiti in capo al nuovo soggetto più ampio così formatosi. L'allargamento della compagine per effetto dell'adesione di una nuova impresa artigiana deve stimolare il potere di riesame della p.a., la cui indagine investe la nuova formazione associativa complessivamente intesa.

La "stabilità" del Consorzio non può dirsi compromessa dall'ingresso di un membro aggiuntivo e la possibilità di individuare "chi fa cosa" poteva essere vagliata anche dopo la scadenza del termine per formulare l'istanza di partecipazione (14 aprile), ben anteriore alla data ultima per la presentazione delle offerte. Ribadisce il Collegio che il termine di inoltro delle domande di ammissione non può assumere valore perentorio, né la regola della parità di trattamento risulta violata dalla condotta di CME, posto che le imprese in lizza – prima della predisposizione e dell'invio dell'offerta – si trovano in una fase connotata da una certa precarietà, potendo ad esempio ancora ritirarsi dalla competizione.

2. Risultano conseguentemente fondati anche i motivi secondo e terzo, afferenti alla violazione di legge in ordine

ai requisiti di partecipazione, dei principi di chiarezza, trasparenza e motivazione, e massima partecipazione, oltre allo sviamento dell'istruttoria.

2.1 Sul mancato possesso di dell'ISO e dell'attestazione SOA in capo ad Internazionale Gas va richiamato l'art. 35 del D. Lgs. 163/2006, per cui i requisiti devono essere posseduti e comprovati dal Consorzio, il quale li ha in prima battuta pienamente dimostrati. La prescrizione che impone a tutte le imprese di vantare i requisiti alla data di pubblicazione del bando (punto III.2.3 lett. "a" e seguenti) deve essere ricordata con la circostanza della partecipazione di un Consorzio che già autonomamente soddisfa le prescrizioni della lex specialis, e che quindi beneficia del favor legislativo per l'aggregazione degli operatori economici. Peraltro l'invocata previsione di cui al par. VI.3 quinto trattino del bando, nell'esigere il possesso di tutti i "restanti" requisiti in capo a ciascun componente dell'ATI contestualmente alla domanda di partecipazione, non accompagna la prescrizione con la previsione "a pena di esclusione".

L'accoglimento delle menzionate doglianze è già sufficiente a determinare la riammissione del Consorzio ricorrente al confronto comparativo.

3. Per quanto riguarda le ulteriori censure ritiene il Collegio di esaminarle sinteticamente nel senso seguente:

3.1 non si configura una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006, poiché la data di pubblicazione del bando (24/3/2011) è anteriore all'entrata in vigore della novella legislativa;

3.2 in disparte la questione della peculiarità delle procedure negoziate, a seguito della riammissione parte ricorrente è priva di interesse all'esame della censura afferente alla violazione del principio di trasparenza, il cui accoglimento determinerebbe la caducazione dell'intera procedura competitiva, quando uno dei profili evocati è stato proprio quello dell'impossibilità di rappresentare le proprie osservazioni al momento dell'esclusione;

3.3 ad analoghe conclusione si può addivenire sulla nomina della Commissione, mentre le restanti censure possono essere assorbite.

4. In conclusione il gravame è fondato e deve essere accolto, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di riammettere il Consorzio ricorrente alla prosecuzione del confronto comparativo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna A2A Reti Gas a corrispondere al Consorzio ricorrente la somma di 4.500 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì A2A Reti Gas a rifondere alla parte ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a dare comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/08/2012

IL SEGRETARIO

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