



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 862 del 2011, proposto da:

Smail s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Mastragostino e Cristiana Carpani, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Bologna, piazza Aldrovandi n. 3;

contro

-Comune di Bologna, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Monica Cattoli e Giulia Carestia, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale comunale, in Bologna, piazza Maggiore n. 6;

-Settore Gare del comune di Bologna, n.c.;

nei confronti di

- ATI tra CPL Concordia Soc.Coop. e Citelum S.A. –controinteressata - rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Barberio, Stefano Porcu e Luigi Migliarotti, con domicilio eletto presso l'avv. Francesca Minotti, con studio in Bologna, Galleria Marconi n.2;

- Consorzio Cooperative Costruzioni quale soggetto incorporante di C.C.C.Società Cooperativa, quale cointeressato - rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Marullo, con studio in Bologna, piazza della Mercanzia, 2;

per l'annullamento, previa sospensiva

A)della nota in data 6 giugno 2011, con la quale il comune di Bologna ha comunicato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore di Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro (in avvalimento con SMAIL - Society Manutenzione Illuminazione s.p.a e con Aristeia Service s.c. a r.l.) del servizio per la gestione degli impianti di illuminazione pubblica e semaforici e degli impianti tecnologici relativi al tunnel Ravone e del contestuale affidamento al Raggruppamento controinteressato, secondo in graduatoria; B)della determina comunale in data 3/6/2011, recante la suddetta revoca, nonché l'affidamento dell'appalto in favore del Raggruppamento controinteressato; C)della presupposta determina comunale relativa alla disposta verifica del possesso, da parte dell'aggiudicatario provvisorio della gara, dei requisiti dichiarati in sede di presentazione dell'offerta; D) del punto G.1.2 del Bando di gara, nella parte in cui reca la definizione del "Servizio analogo", con specifico riferimento al cd. "Servizio principale" oggetto di affidamento, ove detta definizione sia stata interpretata nel senso di richiedere un "servizio identico"; E) della nota comunale in data 24/6/2011, di risposta al preavviso di ricorso al Comune di Bologna, ex art. 243 bis del D.lgs. n. 163 del 2006, inoltrato dal Consorzio Cooperative Costruzioni, nella qualità di soggetto incorporante il Consorzio Ravennate delle

Cooperative di Produzione e Lavoro, a seguito di stipula di fusione; F) della nota comunale in data 1/7/2011, di risposta al preavviso di ricorso inoltrato al Comune di Bologna, ex art. 243 bis del D.lgs. n. 163 del 2006, da SMAIL s.p.a.; G) di ogni ulteriore provvedimento, antecedente e/o successivo, ivi compresi il Verbale di consegna del servizio, di data ed estremi non cognitivi, nonché il contratto d'appalto, se ed in quanto stipulato e per ottenere, inoltre, sentenza dichiarativa dell'inefficacia del contratto, se ed in quanto stipulato con il Raggruppamento controinteressato, anche ai fini di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, ai sensi dell'art. 124 c.p.a.. La ricorrente principale svolge, inoltre, azione di condanna del comune di Bologna al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che ci si riserva di quantificare e comprovare in corso di causa ed, infine, alle sanzioni alternative di cui all'art. 245 quater del D.lgs. n. 163 del 2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Bologna;

Visti, altresì, gli atti di costituzione in giudizio di Citelum S.A. e di Consorzio Cooperative Costruzioni - C.C.C. Società Cooperativa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Citelum S.A., come in epigrafe rappresentata e difesa;

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 18 dicembre 2013, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso, SMAIL s.p.a. – impresa ausiliaria per avvalimento di Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro, concorrente dichiarata aggiudicataria provvisoria nella gara pubblica bandita dal comune di Bologna per l'affidamento dell'appalto di servizi relativo alla gestione degli impianti di illuminazione pubblica e semaforici e degli impianti tecnologici a servizio del tunnel Ravone – chiede l'annullamento del provvedimento in data 3/6/2011, con il quale l'amministrazione appaltante ha revocato la suddetta aggiudicazione provvisoria al Consorzio Ravennate e ha contestualmente affidato l'appalto ad ATI costituito tra CITELUM s.a. e CPL Concordia società cooperativa.

L'odierna ricorrente impugna, inoltre, gli altri atti di gara indicati in epigrafe, chiedendo ulteriormente pronuncia dichiarativa dell'inefficacia del contratto di appalto (qualora fosse stato nel frattempo stipulato) e la condanna del comune di Bologna al risarcimento dei danni da essa subiti a causa degli illegittimi provvedimenti ed atti impugnati.

A sostegno delle proprie pretese, la società ricorrente deduce motivi in diritto rilevanti: Violazione dei punti G.1.2. lett. a) e c), nonché del punto N -14° e 15° capoverso del bando di gara; violazione degli artt.42,48, 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 3 della L. n.- 241 del 1990; violazione dell'art. 11, commi 9 e 10 del D. Lgs. n. 163 del 2006; Eccesso di potere sotto diversi profili.

Il comune di Bologna, costituitosi in giudizio, chiede che il ricorso sia respinto, in quanto ritiene infondate tutte le censure ivi rassegnate.

Si è inoltre costituita in giudizio la controinteressata CITELUM S.A., anch'essa chiedendo la reiezione del ricorso per infondatezza dello stesso.

La stessa società ha inoltre proposto ricorso incidentale, con il quale sostiene che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione dell'art. 37, comma 9 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e per violazione dell'art. 23 bis L. n. 133 del 2008 e 113 D. Lgs. n. 267 del 2000, con conseguente richiesta di pronuncia dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso principale.

Si è infine costituito in giudizio il Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop., quale incorporante il Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro: impresa concorrente, quest'ultima, che ha chiesto di avvalersi dei requisiti dell'impresa odierna ricorrente – instando, in tale veste processuale di cointeressata, per l'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza collegiale n. 718 del 2011 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente; con successiva ordinanza n. 4954 del 2011, la Sez. V del Consiglio di Stato ha confermato, in sede di appello, la predetta decisione cautelare assunta in prime cure.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2013, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come da verbale.

Con il primo mezzo di impugnazione, la ricorrente ritiene che l'amministrazione appaltante, revocandole l'aggiudicazione provvisoria ed affidando l'appalto di servizi ad ATI controinteressata, abbia violato le disposizioni del bando di gara di cui alle lettere a) e c) del punto G.1.2., non avendo riconosciuto quali "servizi analoghi" richiesti dalle citate disposizioni della *lex specialis*, quelli dichiarati dalla stessa in sede di presentazione della documentazione di gara ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti speciali di capacità relativi al "servizio principale", consistente nella "manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica e tecnologici". In particolare, la ricorrente sostiene che il precedente appalto dalla stessa eseguito nei confronti del comune di Foggia, avente ad oggetto il "servizio integratori gestione degli impianti di illuminazione pubblica, di videosorveglianza, di illuminazione artistica e relativa fornitura di energia agli impianti della Città di Foggia", abbia tutte le caratteristiche richieste dal bando di gara per essere qualificato quale "servizio analogo" a quello messo a gara dal comune di Bologna. Secondo la ricorrente, la Convenzione all'epoca stipulata con il comune di Foggia è chiara nel descrivere un servizio di gestione e manutenzione di un sistema di illuminazione cittadino di rilevanti dimensioni che, pertanto, necessariamente presuppone una gestione integrata ed informatizzata dell'intero impianto di illuminazione; tale, cioè, da garantire all'amministrazione appaltante un servizio di reperibilità 24h/24/h.. L'esistenza, in quello specifico appalto, di un sistema informatizzato e, in particolare, di un "call - center", come richiesto dall'amministrazione comunale di Bologna, risulta poi chiaramente comprovato, sempre secondo la tesi della ricorrente, dalla documentazione dalla stessa versata agli atti del presente giudizio (v. doc. n. 13 della ricorrente), consistente in tabulati certificativi della reperibilità di SMAIL s.p.a. (gestore subentrante di quel contratto), per tutte le richieste di intervento effettuate al numero verde o al numero di fax ambedue a tale fine dedicati. Anche in riferimento alla pretesa assenza della gestione del servizio informativo, come richiesta nel bando in questione, la ricorrente ritiene di avere comprovato il possesso anche di tale requisito, in quanto dalla stessa Convenzione si evince che detta modalità costituisce un imprescindibile ed essenziale presupposto della gestione del servizio relativo al comune di Foggia, con conseguente palese violazione sia della *lex specialis* sia degli artt. 42, 46 e 48 del D. Lgs n. 163 del 2006. In particolare, denota la presenza di un servizio informatizzato ed è funzionale ad esso, la codifica degli impianti tramite codici alfanumerici, che ne rende possibile l'inserimento in un archivio cartografico informatizzato, il quale a sua volta permette la gestione tramite sistema informativo di ogni intervento manutentivo. La ricorrente riferisce inoltre – riguardo alla pretesa insufficienza e inidoneità del requisito della reportistica alla migliore gestione del servizio – che *a contrario* di quanto sostiene il Comune, tale attività, come descritta nella Convenzione, sia direttamente finalizzata a garantire una gestione efficiente del servizio, sulla

base di un'effettiva e concreta rappresentazione della situazione degli impianti.

Il Collegio ritiene che le considerazioni svolte dalla ricorrente con la predetta, articolata censura non possano essere condivise.

Dalla documentazione relativa alla procedura di gara versata in atti e, in particolare, dall'art. G.1.2 e dalle lett. a) e lett. c) dello stesso articolo del bando di gara, emerge con nettezza che, riguardo alla prestazione del servizio principale: "manutenzione impianti illuminazione pubblica e tecnologici", i "servizi analoghi", il cui svolgimento era richiesto a ciascuna concorrente quale requisito speciale di partecipazione inerente la capacità economico-finanziaria e tecnico – organizzativa, consistevano in un "...servizio effettuato in ambito urbano con la tipologia del Global Service inerente la gestione di impianti di pubblica illuminazione e comprendente tutte le seguenti attività, trattandosi di prestazioni strettamente interconnesse: monitoraggio e aggiornamento anagrafe, gestione di call - center per raccolta segnalazioni e attivazione pronto intervento, pronto intervento, gestione anagrafe e sistemi informativi" (v. bando punto G.1.2.).

Risulta quindi *per tabulas* che il "servizio analogo", il cui precedente svolgimento era richiesto alle imprese concorrenti, necessariamente doveva includere tutte e cinque le attività come sopra elencate. Secondo l'amministrazione appaltante, la ricorrente, impresa ausiliaria in avvalimento del Consorzio che aveva conseguito l'aggiudicazione provvisoria della gara, in sede di verifica dei requisiti non ha dimostrato che il precedente appalto di servizio eseguito per il comune di Foggia comprendesse anche l'attività di gestione di un "call – center", nonché la gestione di quel servizio mediante sistema informativo. Peraltro, si deve osservare che oggetto esclusivo di esame e valutazione, da parte del Comune, è stata unicamente la predetta convenzione accessiva all'appalto di servizi stipulata, a suo tempo, da SMAIL s.p.a. e dal comune di Foggia, in quanto unico documento depositato dalla ricorrente alla stazione appaltante per la verifica del possesso dei suddetti requisiti, anche dopo la successiva, formale richiesta, a tale fine effettuata dal Comune con nota in data 18/5/2011 (v. doc. n. 6 e n. 7 del Comune).

Ciò premesso, si osserva che dall'esame della predetta Convenzione, non risulta in alcun modo che quel servizio sia stato reso dalla odierna ricorrente tramite gestione di un "call – center", ovvero sia tramite il servizio descritto nel Disciplinare di gara quale "interfaccia fra la struttura di manutenzione e l'utenza nel suo complesso per la raccolta di tutte le segnalazioni, relative alle disfunzioni e ai guasti agli impianti oggetto di appalto, e per permettere la visibilità delle attività effettuate", dalla convenzione emergendo, viceversa, solo l'effettuazione del servizio con predisposizione di reperibilità continuativa per il pronto intervento.

Dall'esame della convenzione parimenti non risulta che quel servizio sia stato gestito tramite un sistema informativo analogo a quello richiesto per la gara oggetto della presente causa, con conseguente mancata dimostrazione, da parte della ricorrente, anche dello svolgimento di detta attività. Né giova alla stessa, il rilievo in ordine alla successiva presentazione di documentazione che -a suo dire- chiaramente comproverebbe l'effettuazione dell'appalto di servizio tramite sistema informativo, trattandosi, all'evidenza, di documentazione mai presentata all'amministrazione appaltante nella giusta sede procedimentale ed entro il termine previsto dalla *lex specialis* di gara, ma depositata solo in questa sede giudiziale e successivamente alla conclusione della procedura di gara. Dalle considerazioni appena svolte si evince, pertanto, la piena legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, non avendo la ricorrente dimostrato all'amministrazione appaltante, nei tempi e con le modalità previste dalla *lex specialis* di gara, il possesso del suddetto requisito speciale.

Con il secondo mezzo di impugnazione, la ricorrente sostiene – in via graduata rispetto al precedente motivo – l'illegittimità delle richiamate disposizioni del Bando, ove le stesse debbano essere interpretate nel senso di richiedere, anziché l'effettuazione di precedenti prestazioni "analoghe" a quelle appaltate, lo svolgimento di prestazioni "identiche" a queste. Secondo la ricorrente, dette norme, se lette con questo significato, oltre ad avere

un carattere inutilmente ed eccessivamente gravoso, si porrebbero in contrasto con il principio di massima partecipazione delle imprese alle gare pubbliche.

Il Tribunale osserva che anche tale censura non merita accoglimento, stante che, come si è accertato in sede di esame del primo mezzo d'impugnazione, le norme del bando richiedevano espressamente e chiaramente servizi analoghi a quello in appalto, così come delineati dal disciplinare di gara ed in successive note esplicative portate alla conoscenza di tutte le concorrenti, mediante la chiara individuazione di cinque specifiche attività che, come si è accertato, dovevano necessariamente essere presenti nei servizi espletati dalle concorrenti al fine di comprovare il possesso del suddetto requisito

Né può sostenersi l'illogicità di tali previsioni contenute nella *lex specialis* di gara, stante, da un lato, l'oggettiva *coerenza* e la stretta connessione tra le specifiche attività indicate nel Bando ed il complessivo servizio da affidare e, dall'altro lato, l'evidente insostenibilità – sotto il profilo logico – della tesi della ricorrente secondo cui la richiesta di svolgimento di tutte le predette cinque attività comporterebbe, non già l'aver svolto un "servizio analogo", bensì l'aver reso un servizio del tutto identico a quello odieramente appaltato.

In proposito, si osserva che tale richiesta di svolgimento delle predette, cinque attività, tra loro strettamente connesse e tutte insieme inerenti e funzionali al complessivo svolgimento del servizio, risulta oggettivamente ragionevole nonché del tutto coerente proprio in relazione all'oggetto particolarmente complesso dell'appalto (e, in particolare, del servizio principale), così come si evince dal contenuto dello stesso Disciplinare tecnico di gara (v. nello specifico Disc. Tecn., pag. 11 e ss.), senza peraltro che, alla richiesta di svolgimento di dette attività possa conseguire la surrettizia sostituzione del requisito della prestazione di "servizio analogo", come richiede la *lex specialis* con quello della prestazione di "servizio identico" come erroneamente sostiene la ricorrente.

Con ulteriore motivo, si rileva la violazione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'amministrazione appaltante avrebbe proceduto, oltre a revocare l'aggiudicazione provvisoria, anche ad escutere la cauzione versata dalla ricorrente ed a segnalare la stessa all'Autorità di Vigilanza, pur in assenza dei relativi presupposti di legge. La ricorrente ritiene, infatti, di avere comprovato il possesso del citato requisito di cui al punto G.1.2. lett. a) e c) del bando di gara, mediante presentazione della Convenzione con il comune di Foggia, senza che, al riguardo, la stazione appaltante abbia successivamente richiesto ulteriori chiarimenti o abbia svolto alcun approfondimento in contraddittorio con le imprese interessate.

Il Collegio osserva che, anche in relazione a detto motivo, le argomentazioni della ricorrente non possano trovare accoglimento. Come è stato accertato in sede di esame del primo mezzo di impugnazione, alla ricorrente è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria perché sprovvista di uno dei requisiti specifici di capacità richiesti dal bando, con conseguente legittimità – quali atti dovuti, stante il chiaro dettato dell'art. 48, comma 2 del D. lgs. n. 163 del 2006 - sia dell'escussione della cauzione sia della segnalazione della concorrente all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (v. Cons. Stato, sez. IV, 24/5/2013 n. 2832; T.A.R. Lazio –RM- sez. III, 5/6/2013 n. 5625).

E' da respingere, infine, la censura rilevante violazione dell'art. 11, commi 9 e 10 del D. Lgs. n. 163 del 2006, sul presupposto dell'avvenuta consegna del servizio all'aggiudicataria ATI tra CITELUM e CPL Concordia prima che fosse spirato il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di appalto fissato nelle predette disposizioni. In proposito, il Collegio ritiene di condividere la tesi dell'amministrazione comunale resistente circa l'applicabilità, nel caso in esame, dell'art. 11, c. 9 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ove si consente la consegna anticipata in via d'urgenza dell'appalto nei casi "in cui la mancata esecuzione immediata delle prestazioni determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico". Nella specie, infatti, tale grave danno oggettivamente può derivare dal mancato anticipato affidamento del servizio di illuminazione pubblica, stante, appunto, la natura essenziale e continuativa del servizio oggetto dell'appalto, da garantirsi 24 ore su 24 e per tutti i giorni della settimana".

Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene, infine, inammissibile per difetto di interesse a proporla l'ulteriore censura rilevante l'illegittimità della parte di provvedimento impugnato in cui si qualifica quale "anomala" l'offerta presentata da Consorzio Ravennate, stante che la restante parte del provvedimento (contenente la revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente nonché l'affidamento dell'appalto di servizi ad A.T.I. controinteressata), anche qualora la predetta censura si rivelasse fondata, ugualmente si sorreggerebbe sulla già accertata legittimità degli altri autonomi capi di motivazione.

Quale ulteriore conseguenza della reiezione della principale azione impugnatoria, deve essere respinta anche l'ulteriore azione di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente.

Per le suesposte ragioni, il ricorso principale è respinto.

Quanto al ricorso incidentale proposto da A.T.I. tra CITELUM s.a. e CPL Concordia s.c., il Collegio – alla luce dell'esito del ricorso principale prioritariamente esaminato– ne deve rilevare l'inammissibilità per difetto di interesse (v. Cons. Stato .P. 7/4/2011 n. 4; T.A.R. Lazio –RM- sez. III, 12/11/2013 n. 9670).

Il Collegio ritiene, tuttavia, che sussistano giusti motivi per compensare integralmente, tra le parti, le spese relative al presente giudizio, stante la novità e peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: A) Respinge il ricorso principale; B) dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto da CITELUM s.a.; C) Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Sergio Fina, Consigliere

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2014

IL SEGRETARIO

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