



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 336 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Kapsch-Busi S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con Busi Impianti S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigino Montarsolo e Helga Garuzzo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Milano, Via Agnello, 12

contro

Comune di Cernusco sul Naviglio, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Maria Muntoni, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.

nei confronti di

Promelit S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI

costituenda con Kria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Santamaria, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, Galleria del Corso, 2

per l'annullamento

- del bando di gara in data 23 novembre 2009, pubblicato sulla G.U. del 4 dicembre 2009, del Disciplinare di gara, del Capitolato Speciale d'appalto e degli altri documenti contenenti la disciplina di gara indetta dal Comune di Cernusco sul Naviglio, avente ad oggetto: "fornitura in opera per la costituzione sistema di varchi elettronici per il controllo dell'area urbana periferica", nella parte in cui richiedono, come requisito di ammissione alla gara, il possesso dell'autorizzazione di I° grado rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni ai sensi del D.M. 314/1992;

- delle risposte ai quesiti (presentati dalla ricorrente), pubblicate sul sito del Comune di Cernusco con i numeri 5 e 10 (quest'ultima comunicata anche con fax del 22 gennaio 2010);

atti impugnati con il ricorso principale;

- di ogni altro provvedimento presupposto e consequenziale e, quindi, degli atti connessi all'oggetto del ricorso, ossia:

- della nota del Comune di Cernusco sul Naviglio in data 16 marzo 2010, comunicata per fax il 17 marzo 2010, a firma del Presidente di gara, arch. Marco Acquati, avente ad oggetto: "comunicazione non ammissione alla procedura aperta: costituzione sistema varchi elettronici per il controllo dell'area urbana periferica del Comune di

Cernusco sul Naviglio";

- del verbale di gara, in pari data, riportato per stralcio nella predetta nota, con il quale la Commissione di gara ha deciso l'esclusione della ricorrente;

atti impugnati con i primi motivi aggiunti depositati il 28 aprile 2010;

- del verbale di determinazione n. 1068 del 27 agosto 2010, del Direttore dell'area tecnica del Comune di Cernusco sul Naviglio, avente ad oggetto "costituzione di un sistema di varchi elettronici per il controllo dell'area urbana periferica del Comune di Cernusco sul Naviglio (MI) - fornitura opera - approvazione dei verbali di procedura aperta ad affidamento alla costituenda ATI fra le ditte Promelit S.p.A. di Cinisello Balsamo (capogruppo) e Kria S.r.l. di Seregno", comunicato alla ricorrente con nota del 31 agosto 2010, pervenuta a mezzo fax il 1 settembre 2010;

- del verbale n. 5 del 30 giugno 2010 della Commissione di gara di aggiudicazione provvisoria;

- dei verbali n. 2 del 16 marzo 2010 e nn. 4 e 5 del 16 giugno e del 30 giugno 2010, con i quali la costituenda ATI Promelit - Kria è stata prima ammessa e poi non è stata esclusa dalla gara;

atti impugnati con i secondi motivi aggiunti depositati il 13 ottobre 2010.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cernusco sul Naviglio e di Promelit S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Promelit S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo n. 774/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 3 febbraio 2010 la ricorrente, nella spiegata qualità di mandataria di costituendo raggruppamento d'impresе, ha impugnato, in parte qua, la legge di gara relativa alla procedura indetta dal Comune di Cernusco sul Naviglio per la fornitura e posa in opera di un sistema di varchi elettronici per il controllo dell'area urbana periferica.

Con motivi aggiunti notificati il 16 aprile 2010 ha impugnato il provvedimento del 16 marzo 2010 di non ammissione alla gara, formulando, altresì, istanza cautelare.

Si è costituito il Comune intimato, chiedendo la reiezione del ricorso e dell'istanza cautelare.

Con ordinanza n. 449 del 20 maggio 2010 è stata accolta l'istanza cautelare con conseguente riammissione della ricorrente in gara, al termine della quale si è classificata al secondo posto a pari merito

con Project Automation S.p.A., con un ribasso del 16,20%.

Con secondi motivi aggiunti notificati il 30 settembre 2010, integrati da ulteriori scritti difensivi depositati in data 26 ottobre, la ricorrente ha impugnato i verbali di gara e il relativo provvedimento di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione in favore della costituenda ATI tra Promelit S.p.A. e Kria S.r.l., formulando nuova istanza cautelare e chiedendo, nel merito, declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e di subentro alla controinteressata nella fornitura.

Hanno resistito all'ulteriore impugnativa sia il Comune intimato sia la controinteressata, regolarmente evocata in giudizio.

Con ordinanza n. 1151 del 28 ottobre 2010 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare fissando, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del 26 gennaio 2011.

Nelle more, con terzo atto di motivi aggiunti notificato il 25 novembre 2010, la ricorrente ha formulato ulteriori censure avverso il complesso degli atti impugnati cui hanno resistito le parti costituite depositando scritti difensivi e documenti.

La controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale avverso gli stessi atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura e all'udienza pubblica del 26 gennaio, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con bando di gara del 23 novembre 2009 il Comune di Cernusco sul Naviglio ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione al

prezzo più basso della fornitura per la costruzione di un sistema di varchi elettronici per il controllo dell'area urbana periferica: la base di gara è stata fissata in € 294.960,00 di cui € 181.800,00 per forniture, € 87.500,00 per lavori stradali e € 25.000,00 per lavori elettrici, oltre € 3.400,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

L'art. 14, punto B, lett. m) del disciplinare prevede che, per la parte inerente ai lavori di posa in opera delle forniture la concorrente, anche in ATI, debba possedere, in alternativa ai requisiti di cui all'art. 28 del D.P.R. 34/2000, l'attestazione SOA, relativamente alla categoria OS19, mentre la successiva lett. p) prescrive il possesso dell'autorizzazione di I grado del Ministero delle Comunicazioni, specificandosi che, in caso di raggruppamento, essa deve essere posseduta almeno dalla mandataria, senza specificare se si tratti di ATI verticale o orizzontale (cfr. doc. 2 del fascicolo della ricorrente).

La ricorrente, società con sede in Vienna operante nel mercato della produzione, installazione e gestione di impianti e sistemi tecnologici per la regolamentazione del traffico veicolare, essendo interessata a partecipare alla gara per cui è causa, ma non disponendo del requisito dell'autorizzazione di I grado rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni richiesta dalla lex specialis, ha formulato apposito quesito al Comune per sapere se potesse considerarsi utile, ai fini della partecipazione, il possesso di detto requisito in capo alla mandante, precisandosi che la stessa avrebbe realizzato l'installazione, la manutenzione, l'attivazione, il collaudo e la

manutenzione in garanzia delle apparecchiature.

Avendo la stazione appaltante risposto che esso deve essere posseduto necessariamente almeno dalla capogruppo (cfr. doc. 4 id.), la ricorrente, pur non essendo in possesso del requisito in discorso, ha comunque presentato domanda di partecipazione impugnando, tuttavia, sia la *lex specialis* che i chiarimenti per illegittima restrizione della concorrenza e per irragionevolezza di un requisito non pertinente al tipo di impianto da realizzare.

In particolare la ricorrente ha dedotto che l'autorizzazione prevista dall'art. 4 del D.M. 23 maggio 1992, n. 314 "Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 28 marzo 1991, n. 109, in materia di allacciamenti e collaudi degli impianti telefonici interni" riguarderebbe l'installazione, il collaudo, l'allacciamento e la manutenzione "delle apparecchiature terminali, abilitate a comunicare con la rete pubblica di telecomunicazioni", laddove l'impianto oggetto di gara non contemplerebbe tale aspetto.

Il requisito, pertanto, si presenterebbe inutilmente restrittivo della platea dei concorrenti sia perché non avrebbe senso imporne il possesso alla mandataria di un'ATI verticale, quando l'impianto debba poi essere realizzato dalla mandante, sia perché non necessario per il tipo di impianto da realizzare, sia, infine, perché ai sensi dell'art. 1 comma 3 del D.P.R. 34/2000 sarebbe sufficiente l'attestazione SOA per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori

pubblici.

2.1. Le censure della ricorrente colgono nel segno.

Invero, dalla lettura della disciplina di gara si evince che l'impianto ivi richiesto non riguarda l'installazione di apparecchi telefonici o altri terminali omologati ai sensi del richiamato decreto ministeriale, né prevede l'allacciamento alla rete pubblica di telecomunicazione dovendo, al contrario, i dati raccolti ai varchi da installarsi, viaggiare sulla rete comunale in fibra ottica (cfr. punto 5.9. del capitolato speciale – doc. 3 id.).

Ne discende che, in disparte ogni ulteriore profilo di censura, si tratta di un requisito non necessario ai fini dell'appalto in oggetto in cui, peraltro, la fornitura è espressamente indicata come categoria prevalente.

E' opinione consolidata che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della loro logicità e ragionevolezza e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 dicembre 2010, n. 7590; id. 29 novembre 2010, n. 7404; Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201; id., sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3448).

Nel caso di specie l'autorizzazione richiesta si presenta del tutto ininfluyente ai fini della buona riuscita della fornitura e, per converso, inutilmente restrittiva della platea dei concorrenti, specie considerato che la stazione appaltante ne ha imposto il possesso in capo alla

capogruppo, non esecutrice della relativa parte della commessa riguardante i lavori, anche per le ATI di tipo verticale in cui la ripartizione della fornitura avviene per tipologia di prestazione e non su base percentuale.

Conclusivamente, sebbene la ricorrente sia stata (seppur tacitamente) ammessa a partecipare nonostante la mancanza del suindicato requisito in capo alla mandataria, la *lex specialis* di gara va dichiarata illegittima nella parte in cui impone il possesso del contestato requisito e, per l'effetto, va annullata in parte qua.

3. Con i primi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il provvedimento del 16 marzo 2010, con cui è stata esclusa dalla gara per aver presentato una cauzione provvisoria (dimezzata, avendone titolo) di € 2.950,00 anziché di € 2.980,00 in quanto, a dire della stazione appaltante, l'importo sarebbe dovuto essere calcolato comprendendovi gli oneri per la sicurezza.

In proposito, senza entrare nel merito delle modalità di calcolo della cauzione provvisoria, osserva il Collegio che, come condivisibilmente rilevato nell'ordinanza cautelare n. 449/2010 – che va pertanto confermata – il mero errore di calcolo non era assistito, secondo la disciplina contenuta nella *lex specialis*, da espressa comminatoria di esclusione.

Va, invero, richiamato il principio per cui la commissione di gara è strettamente vincolata al rispetto delle clausole, anche formali del bando, solo se stabilite espressamente a pena di esclusione, posto

che, in tale ipotesi, l'applicazione rigida della *lex specialis* garantisce la parità di trattamento tra tutti i partecipanti (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 1 dicembre 2009, n. 2072).

Come è stato di recente chiarito, ai sensi dell'art. 46 del D.lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale non possono servire a sopperire alla mancanza di un documento, ma consentono chiarimenti e integrazioni di un documento prodotto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084).

Nel caso di specie non si è trattato di un documento mancante o irregolarmente prodotto bensì di mero errore di calcolo, peraltro di importo irrisorio, rientrante, a giudizio del Collegio, tra le irregolarità suscettibili di integrazione (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 26 ottobre 2010, n. 7069).

In definitiva la stazione appaltante ben avrebbe potuto e dovuto azionare il cosiddetto potere di soccorso anziché adottare il provvedimento di esclusione che va, pertanto, annullato con la conseguente declaratoria della legittimità della partecipazione della ricorrente alla gara, alla quale è stata ammessa con riserva in esecuzione della richiamata ordinanza cautelare.

4. Prima di esaminare i motivi aggiunti, con i quali la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata e tutti gli atti ad essa presupposti, deve esaminarsi il ricorso incidentale proposto con intento paralizzante.

Tale ricorso è articolato in tre motivi tendenti alla declaratoria di

illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente: in primo luogo perché essa non avrebbe reso le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti per quattro soggetti che sarebbero dotati di legale rappresentanza della società Busi Impianti S.p.A. mandante; in secondo luogo per il mancato possesso dell'autorizzazione ex D.M. 314/92 in capo alla mandataria; infine perché non avrebbe specificato quale delle due imprese raggruppate avrebbe dovuto eseguire le attività di installazione, attivazione, collaudo e manutenzione in garanzia.

I suddetti motivi sono tutti infondati.

4.1. Dalla lettura degli atti di gara si rileva che l'art. 14, punto B) lett. e) del disciplinare richiede che la dichiarazione sia resa dal legale rappresentante della società.

Al disciplinare è poi stato accluso il modello allegato B), utilizzabile dai concorrenti per la dichiarazione, modello di cui si è avvalsa anche la ricorrente.

Tuttavia, al di là degli aspetti formali, va rilevato innanzitutto che la previsione, contenuta anche nell'art. 9 del disciplinare, non è assistita da comminatoria di esclusione.

D'altra parte, dall'analisi della visura camerale prodotta dalla controinteressata – peraltro significativamente priva delle pagine da 3 a 15 - (doc. 17) si rileva che: Ancori Flavio era stato designato quale rappresentante della società presso la Federazione russa, ed è comunque cessato dalla carica il 21 dicembre 2009, ossia prima della

scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato al 26 gennaio 2010; Tamburini Giovanni ha rappresentanza della società limitatamente alle questioni afferenti alla gestione del personale; Schivazappa Andrea ha poteri limitati alla gestione di conti correnti bancari e altre operazioni finanziarie; Papale Raffaele ha poteri limitati ad un singolo affare in cui la società è capogruppo mandataria di ATI, come interlocutore tecnico nei confronti della direzione lavori e del responsabile tecnico del procedimento.

Appare evidente che nessuno dei quattro suindicati soggetti, sui quali si appuntano le censure della ricorrente incidentale, ha la legale rappresentanza della società in modo da poterla impegnare verso terzi e, segnatamente, il potere di sottoscrivere offerte impegnative in qualsiasi procedura ad evidenza pubblica e di contrattare con la pubblica amministrazione.

In proposito, richiamando l'orientamento della Sezione (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 ottobre 2009, n. 4802), dal quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, ai fini in esame assume valore dirimente la titolarità del potere decisionale in ordine alla partecipazione alla gara ed alla formulazione dell'offerta: potere che non risulta attribuito ai suindicati procuratori speciali.

In altri termini l'obbligo di dichiarazione deve ritenersi sussistente anche in capo ad un soggetto che non rivesta formalmente la carica di amministratore soltanto se, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri di rappresentanza

dell'impresa e di compiere atti decisionali consistenti, segnatamente, nella possibilità di partecipare alle gare e di firmare contratti: potere che nel caso di specie non risulta attribuito ai soggetti in discorso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373).

Infine, non va trascurato che, secondo la lettura sostanzialistica della norma in esame cui la Sezione ha da tempo aderito – e dalla quale non ritiene di discostarsi nonostante debba registrarsi un recentissimo orientamento di diverso avviso (Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011 n. 1371) - , l'interesse perseguito dal legislatore con l'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006 - che richiede determinati requisiti di cosiddetta moralità in capo all'imprenditore e agli amministratori con poteri di rappresentanza - è quello di verificare la condotta di coloro che determinano le scelte all'interno dell'impresa e non di coloro che manifestano all'esterno tali scelte, pur se dotati di poteri gestionali, ove gli stessi siano stati circoscritti nell'ambito degli indirizzi impartiti dall'imprenditore (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 12 novembre 2010, n. 7246; id. 27 dicembre 2010, n. 7715): ciò comporta che la mancanza di una dichiarazione, anche laddove effettivamente esigibile, debba considerarsi neutrale ai fini dell'ammissione alla gara ove la “moralità” del soggetto coinvolto non sia contestata (regola del cosiddetto “falso innocuo”) (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 544).

4.2. La censura dedotta con il secondo motivo è infondata per le ragioni esposte al punto 2.

4.3. Il terzo motivo trova puntuale smentita nella documentazione prodotta dal Comune da cui si evince che la ricorrente ha indicato la realizzazione e la manutenzione degli impianti elettrici tra le opere da subappaltare (cfr. all. D al doc. 5 del fascicolo del Comune).

Ritiene il Collegio che alla fattispecie in esame sia applicabile il principio, già affermato in giurisprudenza, per cui la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando non vada condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 17 novembre 2010, n. 25224).

Pertanto, la portata delle singole clausole della lex specialis va valutata alla stregua dell'interesse che ciascuna norma è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata preferenza al favor participationis.

Il Collegio, invero, fa proprio l'indirizzo, di recente affermato, per cui la lettura della disciplina della gara debba avvenire con applicazione del canone dell'"utilità" delle clausole che vi figurano e della necessità di evitare inutili aggravii sul piano formale al fine di ampliare in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245).

Conclusivamente il ricorso incidentale è infondato e va respinto.

5. Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l'esito della procedura di gara, deducendo vizi afferenti alla fase di qualificazione; le censure sono state poi ampliate e specificate nei motivi aggiunti a tale atto.

In sintesi la ricorrente ha denunciato l'illegittimità dell'ammissione della controinteressata (la quale aveva già realizzato un primo lotto di identica fornitura nel 2007 in favore del Comune appaltante) a proseguire la gara in quanto essa, in sede di controllo ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti, sarebbe risultata priva del requisito di capacità tecnica richiesto dall'art. 14.c, lett. c) del disciplinare; ha, altresì, rappresentato che detto requisito non sarebbe posseduto né dalle singole associate né dal raggruppamento complessivamente considerato.

Infine con i terzi motivi aggiunti ha denunciato ancora l'illegittimità dell'ammissione dell'ATI Promelit-Kria alla gara sia perché questa non avrebbe prodotto la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 a nome del sig. Giuseppe Guelpa, procuratore cessato nel triennio, senza neanche dichiarare tale circostanza, sia perché la stazione appaltante non avrebbe effettuato i dovuti controlli.

6. Sebbene ragioni di antecedenza logico – giuridica imporrebbero di scrutinare dapprima i terzi motivi aggiunti, il Collegio ritiene di doversi soffermare prioritariamente sulle censure formulate nei secondi motivi aggiunti.

Segnatamente, prescindendo dagli ulteriori vizi formali ivi denunciati,

L'attenzione va focalizzata sulla circostanza, evidenziata dalla ricorrente, per cui l'ATI controinteressata non sarebbe stata in possesso del requisito di capacità tecnica richiesto dall'art. 14.c, lett. c) del disciplinare, in quanto neanche Kria S.r.l., che tale requisito ha dichiarato e asseritamente comprovato, lo avrebbe avuto al suo attivo.

Si tratta della dichiarazione di aver realizzato con esito positivo nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando almeno una fornitura simile a quella oggetto dell'appalto di importo non inferiore ad € 298.000,00 (esclusa IVA), indicandosi importo, data di realizzazione e destinatario.

Le contestazioni della ricorrente - peraltro già formulate a verbale dalla concorrente Project Automation S.p.A. durante le operazioni di gara (cfr. allegato al verbale n. 4 del 16 giugno 2010 – doc. 3 e allegati del fascicolo del comune) – muovono essenzialmente dal confronto della referenza prodotta da Kria s.r.l. con tre dati: il primo è il tenore letterale della riportata clausola del disciplinare che fa obbligo della dichiarazione “di aver eseguito” nei tre anni precedenti almeno “una fornitura simile” “di importo non inferiore a € 298.000,00”; il secondo è il chiarimento reso al quesito n. 2 (doc. 4 del fascicolo della ricorrente), con cui alla richiesta di specificare cosa si intenda per impianti simili e se possa considerarsi tale la fornitura di telecamere standard di impianti di videosorveglianza cittadina per la lettura non sanzionatoria delle targhe ovvero la fornitura di

telecamere per sistema di videosorveglianza cittadina, la stazione appaltante ha risposto “no per impianti simili si intendono quelli soggetti ad omologazione ministeriale”; il terzo è l'avvenuta esclusione di due concorrenti, Telecom S.p.A. e Bridge 129 S.p.A., per aver presentato come referenze la fornitura di impianti di videosorveglianza cittadina, non soggetti ad omologazione ministeriale (cfr. verbali n.ri 2 e 3 – allegati al doc. 3 del fascicolo del Comune).

Ciò in quanto Kria s.r.l. ha dichiarato, come referenza, di aver aderito ad un contratto di finanziamento concluso tra la Commissione Europea e un'impresa tedesca per la partecipazione al progetto Asset-Road.

6.1. Per questo decisivo aspetto va dunque condotta una rigorosa verifica della copiosa documentazione in atti.

L'ATI Promelit-Kria è stata sorteggiata per la prova dei requisiti autodichiarati, ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti; in tale sede, essendo sorte contestazioni da parte di altra concorrente, circa il possesso del requisito in discorso, la commissione ha ripetutamente chiesto chiarimenti in esito ai quali ha concluso “che i lavori dichiarati in sede di gara sono stati eseguiti, attivi e funzionanti. Pertanto la contestazione relativa all'attestazione Roc Systemtechnik GmbH risulta non pertinente in quanto non trattasi di progetto di ricerca, ma di esecuzione di opere pertinenti all'oggetto di gara” (così nel verbale n. 5 del 30 giugno 2010 – doc. 15 del

fascicolo della ricorrente).

Sempre in tale sede la commissione ha aggiunto: “per quanto concerne l’omologazione ministeriale (italiana) risulta chiaramente dalle attestazioni presentate in gara da Kria S.r.l. che il prodotto fornito è omologato dal Ministero”.

Dall’esame dei documenti in atti risulta che Kria S.r.l. ha prodotto un’autodichiarazione nella quale si afferma che “nell’ambito del progetto internazionale Asset-Road finanziato dalla Comunità Europea...ha realizzato sistemi video simili (sia nei componenti hardware, sia nei componenti software) a quelli proposti per il bando in oggetto, e specificamente dedicati alla lettura automatica delle targhe...e alla rilevazione delle direzioni dei transiti dei veicoli...” , allegando: due dichiarazioni, munite di traduzione, con cui ROC Bernard GmbH e Kria s.r.l. acconsentono a divenire beneficiarie, rispettivamente n. 12 e n. 13, dell’accordo (relativo al progetto de quo) concluso tra la Commissione e PTV AG, impresa tedesca ; una dichiarazione di Roc, in qualità di coordinatore del progetto, in cui si afferma che il finanziamento complessivo del progetto è superiore a € 298.000,00; la traduzione di uno stralcio della scheda Kria da cui risulta che “nel progetto Asset, Kria contribuirà con la sua esperienza in video ANPR (Automatic Number Plate Reading ossia Sistemi Automatici di Lettura Targhe) e sistemi di tracking (ossia di rilevazione della direzione transiti dei veicoli), nello sviluppo e nello svolgimento dei test-site in Germania e Finlandia” (doc. 16 - 21 id.).

E', infine, agli atti una dichiarazione (prodotta dal Comune resistente - doc. 7 con allegati) in cui il legale rappresentante di Roc dichiara "che l'azienda Kria S.r.l. ha consegnato, installato ed attivato Sistemi di Lettura Automatica delle Targhe e di Rilevamento dei Veicoli, nell'ambito del Progetto Asset-Road, finanziato dall'Unione Europea per un valore eccedente € 298.000. I sistemi sono correntemente attivi e funzionanti".

Quanto alle omologazioni cui fa riferimento la commissione nel verbale n. 5 del 30 giugno 2010, si tratta dei decreti dirigenziali di omologazione, ai sensi del D.P.R. 22 giugno 1999, n. 250, dei dispositivi di rilevazione denominati T-ID (rilevazione accessi a zone ZTL) e T-REDSPEED (rilevazione infrazioni ai limiti di velocità istantanea e a semaforo rosso): dispositivi che l'azienda Kria S.r.l. produce (cfr. doc. 10 e 13 del fascicolo della controinteressata).

6.2. Rileva il Collegio che, sebbene la descritta documentazione possa ragionevolmente indurre a far ritenere presente, in capo alla dichiarante Kria S.r.l., il requisito richiesto dall'art. 14.c, lett. c) del disciplinare, la sua sussistenza, tuttavia, all'approfondito esame reso necessario dalla specificità della disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante, non sia stata dimostrata dall'aggiudicataria.

Innanzitutto, se si prescinde dalla laconica dichiarazione del legale rappresentante di ROC, cui non può attribuirsi valenza decisiva non provenendo dall'amministrazione in cui favore è stata eseguita la fornitura, da alcun documento emerge che Kria S.r.l. abbia "fornito"

il prodotto in questione nell'ambito del richiamato progetto europeo, concretatosi al contrario in un mero studio di tipo sperimentale in tal senso deponendo la lettura dello schema di convenzione di sovvenzione tipo prodotto dalla ricorrente (doc. 22 e 23).

Deve essere sottolineato, inoltre, che, da tutte le dichiarazioni rese, l'attività prestata da Kria s.r.l. nell'ambito del progetto de quo risulta riconducibile allo "studio" di sistemi di rilevazione targhe, sistemi peraltro esattamente corrispondenti a quelli proposti come referenze dalle altre due concorrenti che, per ciò solo, sono state escluse.

Inoltre, anche superando l'evidenziata carenza probatoria, non è stato nella specie documentato l'importo della presunta fornitura, atteso che il legale rappresentante di ROC si è limitato ad affermare che il progetto europeo, nel suo complesso, è finanziato per oltre € 298.000, senza che alcun diverso documento attesti che Kria s.r.l. abbia effettuato una fornitura di tale importo.

Infine, non è neppure stato provato che la presunta fornitura eseguita da Kria s.r.l. abbia avuto ad oggetto dispositivi soggetti ad omologazione ministeriale come richiesto dalla *lex specialis* e precisato nei chiarimenti.

Infatti, Kria s.r.l. ha fornito all'Amministrazione i decreti di omologazione dei dispositivi che essa abitualmente produce, ma non ha dimostrato di aver fornito, nell'ambito del progetto finanziato Asset – Road, i dispositivi T-ID (di rilevazione accessi a zone ZTL) e T-REDSPEED (di rilevazione infrazioni ai limiti di velocità

istantanea e a semaforo rosso).

In altri termini, fermo restando quanto fin qui rappresentato, la stazione appaltante ha fondato il suo operato su di un non condivisibile sillogismo: Kria produce dispositivi omologati; Kria ha fornito dispositivi nell'ambito del progetto europeo; dunque Kria ha fornito dispositivi soggetti ad omologazione.

Appare al Collegio evidente come, in tale sequenza argomentativa, oltre ad essere errata la premessa minore sia del tutto indimostrata la conclusione.

Né vale obiettare, come sostenuto dal Comune resistente, che in questo caso l'omologazione (italiana) non poteva essere richiesta, trattandosi di dispositivi installati all'estero: la commissione, infatti, avrebbe dovuto in tal caso accertare, (così rispettando la prescrizione di lex specialis cui si era autovincolata), se i dispositivi oggetto della presunta fornitura corrispondessero ad un tipo suscettibile di essere omologato nel territorio nazionale: accertamento che, nel caso di specie, è mancato.

7. Conclusivamente, per quanto precede, il motivo, assorbite le ulteriori censure, deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullata l'aggiudicazione e tutti gli atti ad essa preordinati nella parte in cui non escludono la controinteressata dalla gara per la mancanza del requisito di cui all'art. 14.c, lett. c) del disciplinare.

In proposito osserva il Collegio che, sebbene i tempi della gara inducano ragionevolmente a ritenere che la fornitura sia stata

integralmente eseguita, tuttavia manca agli atti la prova certa di tale assunto.

Ne consegue che, nel dubbio, l'aggiudicazione va annullata non potendosi affermare con certezza che l'interesse della ricorrente all'annullamento di essa e alla dichiarazione di inefficacia del contratto sia venuto meno e che residui soltanto quello all'ottenimento di una pronuncia declaratoria di illegittimità degli atti, da spendersi in un eventuale giudizio risarcitorio ai sensi dell'articolo 30, comma 2 c.p.a. (cfr. in tal senso, di recente, Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193).

Tuttavia ritiene il Collegio che, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., il contratto non possa essere dichiarato inefficace, in considerazione sia dello stato di esecuzione della fornitura sia dell'impossibilità per la ricorrente di subentrarvi, non essendo certo tale suo diritto, in quanto classificata al secondo posto in graduatoria, ma a pari merito con altra concorrente, con la quale andrebbe effettuato il sorteggio.

Infine, in mancanza di espressa domanda, non può farsi luogo, allo stato, a pronuncia risarcitoria come prescritto dall'art. 124, comma 1, seconda parte, cod. proc. amm..

8. Le competenze e gli onorari di difesa, liquidati in complessivi € 14.000,00, oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,50%, di oneri previdenziali e fiscali come per legge, nonché del contributo unificato, secondo il principio di soccombenza vanno posti a carico del Comune di Cernusco sul

Naviglio e della controinteressata ATI Promelit-Kria, i quali dovranno rifonderli alla ricorrente in solido tra di loro, in ragione del 50% ciascuno.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso principale nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la disciplina di gara in parte qua, nonché l'aggiudicazione in favore della controinteressata ed ogni atto ad essa presupposto;
- respinge il ricorso incidentale;
- condanna il Comune di Cernusco sul Naviglio e la controinteressata ATI Promelit-Kria a rifondere, in favore della ricorrente, le spese del giudizio che liquida come in motivazione.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/04/2011

IL SEGRETARIO

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