



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 580 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

G.B. Menesto' Eredi S.n.c. di Menesto' G. E F., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco De Marini e Rolando Stefanetti, con domicilio eletto presso l'avv. Giulia Migliorini in Perugia, corso Vannucci n. 30;

contro

Comune di Spello, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Valentino Brizi, con domicilio eletto presso l'avv. Goliardo Canonico in Perugia, via Bontempi, 4;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

A.N.E.I.L.V.E. Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche, in persona del legale rappresentante *pro tempore* dr.

De Carli Giovanni, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Santoro,
con domicilio eletto presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

in parte qua dei punti 8 e 14 del Bando di Gara promosso dall'Amministrazione per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del cimitero civico e dell'illuminazione votiva ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006;

di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso e, in particolare, della aggiudicazione provvisoria;

del silenzio-diniego formatosi, ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 53/2010, sul preavviso del ricorso;

- quanto ai primi motivi aggiunti:

del nuovo bando di gara e connesso capitolato speciale per l'affidamento in concessione dei servizi cimiteriali emanato dal Comune resistente a seguito della revoca in autotutela della *lex specialis* di gara impugnata con il ricorso introduttivo nella parte in cui:

a) preclude la partecipazione quale impresa singola delle società in possesso dei requisiti per lo svolgimento delle attività di illuminazione votiva e limita la partecipazione delle stesse al ruolo di mandanti in associazione temporanea di imprese oppure di subappaltatrici, e in particolare, dei seguenti articoli:

-artt. 2 e 4 del bando di gara e capitolato speciale nella parte in cui omettono di indicare espressamente la prestazione prevalente della concessione;

- art. 8 e allegato 1 del bando di gara, nonché art. 6 del capitolato speciale, recante l'indicazione dei requisiti di partecipazione;

- artt. 8 e 19 del bando di gara e allegato 1bis nella parte in cui vietano il subappalto di tutte le prestazioni ad accezione del servizio di illuminazione votiva;

b) omette di richiedere ai concorrenti la presentazione del piano economico finanziario di cui agli artt. 30 e 143 comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006;

della nota del Comune di Spello del 5 gennaio 2001 prot. 164/2001 recante comunicazione di avvio del procedimento nonché del 14 gennaio 2011 prot. 632/2011 recante comunicazione di pubblicazione e integrazione bando di gara nella parte in cui dispongono la validità delle offerte già presentate in forza dell'ordinario bando del 16 novembre 2010, invitando i concorrenti a produrre documentazione integrativa eventuale;

- quanto ai motivi aggiunti consegnati per la notifica il 13 maggio 2011,

del verbale di gara in data 14 aprile 2011 con il quale la Commissione di gara ha disposto l'esclusione della ricorrente per la carenza di documenti richiesti a pena di esclusione, esclusione comunicata con nota del 15 aprile 2011, prot. n. 5427; di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali;

- quanto ai motivi aggiunti consegnati per la notifica in data 14/10/2011,

della determinazione n. 481 del 5 settembre 2011 e successiva

determinazione n. 506 del 14 settembre 2011, di affidamento della concessione di servizi alla controinteressata A.T.I. con capogruppo la Soc. Dinamica Centro Servizi soc. coop.;

della nota del Comune di Spello 14 settembre 2011, prot. n. 12788/2011 di comunicazione dell'esito della gara;

del silenzio diniego formatosi ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 53 del 2010 sul preavviso di ricorso;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Spello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, operatrice del settore, ha impugnato il bando della gara indetta in data 16 novembre 2010 dal Comune di Spello per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del cimitero civico e dell'illuminazione votiva, con specifico riferimento ai punti 8 e 14.

Premette di essere abilitata per l'attività di installazione, trasformazione, ampliamento e manutenzione degli impianti di cui alla legge n. 46 del 1990 e di avere operato, tra l'altro, anche presso il

cimitero civico di San Girolamo nel Comune di Spello, di cui è gestore uscente.

Esponde come, scaduta la concessione, sia stata indetta la procedura aperta, oggetto del presente gravame, nella quale ha presentato la propria offerta.

Il bando indica un valore presunto della concessione per il triennio 2011-2013 di euro 276.000,00, per un corrispettivo presunto annuo di euro 92.000,00, suddiviso in : a) euro 15.000,00 quale corrispettivo di cui all'art. 3 del capitolato speciale (essenzialmente, apertura, chiusura e custodia del cimitero); b) euro 77.000,00 quale corrispettivo, dovuto direttamente dagli utenti, per i servizi di tumulazioni, inumazioni, esumazioni, nonché per l'illuminazione votiva, comprensiva di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, e gestione del servizio.

L'illuminazione votiva costituisce la voce economica prevalente dei 77.000,00 euro indicati per la gestione dei servizi remunerati direttamente dall'utenza, ammontante a circa euro 65.000,00.

Rappresenta come il bando indichi, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, assegnando 80 punti all'offerta tecnica, di cui 25 per il "progetto tecnico di gestione", 15 punti per la "dotazione organica e tecnica", 6 punti per la "attrezzatura messa a disposizione esclusiva del servizio", 20 punti per la gestione, manutenzione ed installazione degli impianti di illuminazione votiva, 14 punti per eventuali "servizi aggiuntivi".

L'art. 53 del capitolato speciale precisa che il servizio di illuminazione

votiva comprende la manutenzione ordinaria della rete elettrica di distribuzione, l'esecuzione di nuovi allacciamenti, la manutenzione ordinaria dell'impianto elettrico presente nella chiesa; per la gestione degli impianti elettrici in genere, e di alimentazione delle lampade votive in specie, il concessionario è altresì obbligato a fornire un certificato di collaudo.

Ai sensi dell'art. 19 del bando i servizi oggetto dell'affidamento non potranno essere concessi in subappalto.

Nonostante l'indiscussa rilevanza del servizio di illuminazione votiva, il bando, nell'individuare i requisiti di partecipazione alla procedura, priva tale servizio di qualsivoglia considerazione, come dimostra il punto 8, lett. B), della *lex specialis* di gara, che impone ai concorrenti di comprovare il possesso dei seguenti requisiti di natura tecnica : a) iscrizione nel registro delle imprese della C.C.I.A.A. per i seguenti rami : “attività di pulizia, custodia, sorveglianza, manutenzione aree verdi, manutenzione ambienti civili ed industriali”; “attività operazioni necroscopiche e tanatologiche”; b) possesso del certificato di qualità UNI EN ISO 9001/2008 rilasciato da organismi accreditati per “erogazione di servizi di pulizia in ambienti civili ed industriali e servizi di tanatologia”.

Lamenta come dunque non venga richiesta alcuna iscrizione alla Camera di Commercio per attività di installazione impianti elettrici e di distribuzione energia elettrica per lampade votive, nonché per la gestione del servizio.

Deduce a sostegno del ricorso avverso il bando di gara i seguenti

motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, libera concorrenza, economicità, efficacia e correttezza, pertinenza e congruità allo scopo perseguito; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifesta.

Si è già evidenziato come il servizio di illuminazione votiva assuma, nell'ambito dell'attività oggetto della gara, un rilievo preminente, sia da un punto di vista economico (valore corrispondente a circa il 71% dell'intero importo della concessione), sia del punto di vista dell'interesse pubblico alla sua esecuzione, come dimostrano i criteri di attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica, che riconducono a tale servizio ben un quarto degli 80 punti assegnati al profilo qualitativo.

Alla luce di tali dati, appare evidente l'irragionevolezza dei requisiti indicati dall'Amministrazione per la partecipazione alla procedura, in violazione del principio di proporzionalità rispetto al concreto oggetto della gara.

Il bando consente la partecipazione alla gara, in qualità di impresa singola, dei concorrenti in possesso di requisiti per i soli servizi di gestione delle strutture cimiteriali e servizi necroscopici e tanatologici, escludendo invece i soggetti che hanno requisiti specifici nel settore della gestione degli impianti di illuminazione votiva, servizio che vale il 70% del valore complessivo della concessione.

I requisiti stabiliti dall'Amministrazione si traducono in un'indebita discriminazione nonché in un'ingiustificata limitazione delle possibilità di partecipazione alla gara proprio di quei concorrenti cui spetterebbe l'esecuzione della prestazione prevalente.

2) Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 3 del d.m. n. 37 del 2008; eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, economicità, efficacia e correttezza; eccesso di potere per manifesta contraddittorietà; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento.

Un eventuale aggiudicatario, in possesso dei soli requisiti richiesti dall'Amministrazione per la partecipazione alla gara, sarebbe impossibilitato a svolgere circa il 70% delle prestazioni affidategli, in quanto privo delle necessarie abilitazioni.

La prestazione dei servizi in questione implica almeno il possesso dell'abilitazione di cui all'art. 3 del d.m. n. 37 del 2008; tali prestazioni non potrebbero neppure essere subappaltate a terzi, stante il divieto di subappalto disposto dall'art. 19 della *lex specialis*.

3) Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia e correttezza, e buon andamento dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

L'art. 53 del capitolato speciale dispone l'obbligo del concessionario di fornire un certificato di collaudo per gli impianti esistenti entro tre mesi dall'affidamento del servizio; ove gli impianti non fossero conformi, il concessionario si impegna ad adeguarli, spalmando il

costo, a suo carico, del relativo intervento in parti eguali su ciascuno degli anni della concessione. Tuttavia, in spregio all'art. 30, comma 7, del codice dei contratti pubblici, che, nel richiamare l'art. 143, comma 7, impone che l'offerta sia corredata da un piano economico-finanziario, non richiede ai concorrenti alcuna valutazione circa la sostenibilità dell'intervento di messa a norma rispetto ai prospettati introiti derivanti dall'erogazione dei servizi.

La mancata presentazione da parte dei concorrenti di tale piano non consente all'Amministrazione di valutare la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

Si è costituito in giudizio il Comune di Spello controdeducendo alle censure avversarie; con riguardo al secondo motivo eccepisce altresì l'improcedibilità del ricorso in ragione della pendenza del procedimento di rettifica del bando avviato in autotutela dal Comune, con conseguente riformulazione dell'art. 8 in tema di requisiti tecnici per la partecipazione alla gara.

Con un primo atto di motivi aggiunti viene impugnato il nuovo bando di gara ed il connesso capitolato speciale (adottato dal Comune a seguito della revoca in autotutela della *lex specialis*), nella parte in cui preclude la partecipazione quale impresa singola delle società in possesso dei requisiti per lo svolgimento dell'attività di illuminazione votiva e limita la partecipazione delle stesse al ruolo di mandanti in associazione temporanea di imprese oppure di subappaltatrici, ed in particolare degli artt. 2 e 4 del bando di gara e dell'art. 1 del capitolato speciale, degli artt. 8 ed allegato 1 del bando di gara, degli artt. 8 e 19

del bando di gara, e nella parte in cui omette di richiedere ai concorrenti la presentazione del piano economico-finanziario, nonché le note del Comune di Spello in data 5 e 14 gennaio 2011, la prima di comunicazione di avvio del procedimento di rettifica del bando e la seconda recante “comunicazione di pubblicazione integrale del bando di gara”, nella parte in cui dispongono la validità delle offerte già presentate in forza dell’originario bando del 16 novembre 2010, invitando i concorrenti a produrre eventuale documentazione integrativa.

Deduce, in sintesi, che il nuovo bando, pur contemplando ora, tra i requisiti di ammissione, anche l’iscrizione alla C.C.I.A.A. per il ramo di attività di gestione del servizio impianti elettrici e di distribuzione energia elettrica per lampade votive, tuttavia presenta ancora rilevantisime ed irragionevoli limitazioni alla partecipazione dei soggetti in possesso dei requisiti per lo svolgimento di detto servizio di illuminazione votiva. Resta in particolare preclusa a siffatti soggetti la partecipazione alla gara in qualità di imprese singole, potendo le stesse accedere all’esecuzione del servizio solo in qualità di mandanti in associazione temporanea di imprese, od, addirittura, di meri subappaltatori.

Al contrario, è consentita la partecipazione autonoma, ossia quale impresa singola, di soggetti integralmente privi di qualsivoglia requisito per lo svolgimento della prestazione prevalente della concessione.

Secondo l’attuale disciplina di gara, un operatore economico in

possesso dei soli requisiti per prestazioni di custodia, manutenzione e tanatologia potrebbe partecipare singolarmente alla gara, dichiarando di voler subappaltare il servizio di illuminazione votiva, vale a dire il 71% delle prestazioni complessive; il che comporta una palese violazione dell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte in cui limita il subappalto ad un importo massimo del 30% delle prestazioni complessive; di contro, un operatore economico in possesso dei soli requisiti per la prestazione del servizio di illuminazione votiva non potrebbe partecipare singolarmente alla gara dichiarando di voler subappaltare a soggetti idoneamente qualificati i servizi di custodia, manutenzione e tanatologia, corrispondenti a circa il 29% delle prestazioni complessive; subappalto che sarebbe perfettamente conforme alle disposizioni di cui all'art. 118 del codice dei contratti pubblici.

In particolare, deduce i seguenti motivi aggiunti :

4) Violazione dell'art. 37, comma 2, e dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza e pubblicità; eccesso di potere e violazione di legge per difetto di motivazione; eccesso di potere per sviamento, nella considerazione che il Comune di Spello ha omesso, anche in occasione della ripubblicazione del bando, di indicare la prestazione prevalente della concessione, pur desumendosi dal contenuto della *lex specialis* che questa sia il servizio di illuminazione votiva.

5) Violazione dell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di non discriminazione, parità di

trattamento, proporzionalità, libera concorrenza, economicità, efficacia e correttezza, pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifesta.

All'esito dell'intervento in autotutela la facoltà di ricorrere al subappalto per l'esecuzione del servizio di illuminazione votiva è stata prevista, con la conseguenza che un operatore economico in possesso dei soli requisiti per prestazioni di custodia, manutenzione e tanatologia potrebbe partecipare singolarmente alla gara, dichiarando di voler subappaltare il 71% delle prestazioni complessive, in palese violazione di quanto prescritto dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

La preclusione per gli operatori nel settore dell'illuminazione votiva della facoltà di partecipare singolarmente alla gara integra un indebito restringimento della "platea di potenziali concorrenti", preconstituendo situazioni di assoluto ed ingiustificato privilegio in capo agli imprenditori che svolgono la propria attività nel ramo della custodia, manutenzione e tanatologia.

6) Violazione dell'art. 37, comma 2, e dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, eccesso di potere, lamentando che la Stazione appaltante ha imposto che la funzione di mandataria sia assunta dal soggetto che eseguirà servizi corrispondenti a circa il 29% della concessione, mentre ha relegato a ruolo di mandante l'operatore deputato allo svolgimento della prestazione principale di

valore pari a circa il 71% dell'importo complessivo.

7) Sotto altro profilo : eccesso di potere per violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, eccesso di potere, allegando che nella categoria dei “servizi cimiteriali” va ricompreso anche il servizio di illuminazione votiva, il cui svolgimento è quindi idoneo ad attestare il possesso dei requisiti richiesti sia in termini di fatturato che di esperienza pregressa maturata.

8) Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia e correttezza, buon andamento dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, lamentando che il bando non richiede ai concorrenti alcuna valutazione circa la sostenibilità dell'intervento di messa a norma rispetto ai prospettati introiti derivanti dall'erogazione dei servizi.

Resiste ai motivi aggiunti il Comune di Spello eccepandone l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito.

E' intervenuta *ad adiuvandum* l'A.N.E.I.L.V.E.-Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche chiedendo l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

Con un secondo atto di motivi aggiunti viene impugnato il verbale di gara del 14 aprile 2011 con cui la Commissione di gara, a seguito dell'apertura della busta A dell'offerta, ha disposto l'esclusione della ricorrente per la carenza di documenti di gara richiesti a pena di esclusione, deducendone l'illegittimità derivata dalle clausole del bando impuginate con il ricorso introduttivo; vengono dunque

reiterate le censure svolte con il ricorso e con i primi motivi aggiunti, alla cui esposizione, per brevità, si rinvia.

Con un terzo ricorso per motivi aggiunti viene poi gravata principalmente la determinazione n. 481 del 5 settembre 2011 e la successiva determina n. 506 del 14 settembre 2011 con le quali il responsabile del procedimento ha approvato le risultanze della procedura di gara ed affidato la concessione di servizi all'A.T.I. con capogruppo la società cooperativa Dinamica Centro Servizi, deducendone l'invalidità derivata dall'illegittimità del bando di gara, mediante reiterazione delle censure già svolte, oltre che per il seguente motivo-vizio proprio :

9) L'offerta aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara, essendo stata formulata in violazione del disposto dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 95 del d.P.R. n. 554 del 1999. In particolare, tramite la "dichiarazione di intenti" presentata in sede di gara, le componenti dell'A.T.I. si impegnano a costituire il raggruppamento temporaneo di imprese conferendo mandato irrevocabile alla Dinamica Centro Servizi società cooperativa e precisando la percentuale di esecuzione dei servizi ripartiti alla pari al 50% ciascuna. Ciò è illegittimo, dovendo la capogruppo assumere la quota maggioritaria dell'A.T.I., sia a livello di quote, sia a livello di distribuzione delle attività e dei servizi da effettuare; ed invero il possesso maggioritario in una delle associate (la capogruppo) deve essere riferito non già genericamente all'importo complessivo dei lavori, ma va applicato partitamente per singole prestazioni.

L'offerta della controinteressata viola infine l'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, mancando del tutto l'impegno degli offerenti alla sottoscrizione della cauzione definitiva *ex lege* obbligatorio, a prescindere dalle clausole del bando.

All'udienza del 25 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - In linea di principio, il ricorso principale avverso il primo bando di gara può essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, essendo stato adottato, a seguito di procedimento in autotutela di integrazione, il nuovo (o, forse meglio, riformato) bando in data 14 gennaio 2011, oggetto dei primi motivi aggiunti.

2.- Spostando lo scrutinio sull'atto da ultimo indicato, vengono in esame le prime tre censure, che possono essere trattate congiuntamente, in quanto tra loro complementari, con le quali si deduce, da un canto, la violazione degli artt. 37, comma 2, e 30 del codice dei contratti pubblici, nell'assunto che, ancora una volta, il Comune di Spello abbia ommesso, nel bando di gara, di indicare specificamente la prestazione prevalente della concessione di servizi oggetto dell'affidamento, e, dall'altro canto, l'irragionevolezza del nuovo bando, con violazione, tra l'altro, dei principi stabiliti dal predetto art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella misura in cui, pur contemplando tra i requisiti di ammissione anche l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per il ramo di attività di gestione del servizio impianti elettrici e di distribuzione energia elettrica per lampade votive,

preclude agli operatori in possesso dei requisiti per lo svolgimento dell'attività di illuminazione votiva la facoltà di partecipare singolarmente (*melius*, come impresa singola) alla gara, limitandoli al solo ruolo di mandanti in A.T.I., ovvero di subappaltatori, benché svolgano una prestazione di valore pari a circa il 71% dell'importo contrattuale; specularmente, risulta violato l'art. 118, comma 2, del codice dei contratti in quanto è ammessa la partecipazione autonoma di imprese totalmente prive del requisito della prestazione prevalente della concessione, con conseguente facoltà di "subappalto" del servizio di illuminazione votiva, e cioè del 71% delle prestazioni complessive, ben oltre la misura del 30% prevista dalla norma suindicata.

Occorre anzitutto precisare che, come emergerà dall'esposizione seguente, appare irrilevante ai fini del decidere l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità svolta dall'Amministrazione comunale con riguardo al primo motivo aggiunto (mediante il quale si deduce la violazione dell'art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006), nell'assunto che si tratta di una censura che poteva essere svolta già con il ricorso introduttivo, non essendo *in parte qua* mutato il bando del 16 novembre 2010.

In ogni caso, l'eccezione appare di dubbia fondatezza, atteso che il bando del 14 gennaio 2011, pur con contenuto meramente emendativo/integrativo del precedente, ha tuttavia una sua piena autonomia, e conseguente lesività, consentendo a tutti gli operatori economici di presentare nuove offerte, oltre che, a coloro che le

avevano presentate nel vigore della precedente *lex specialis*, di produrre documentazione integrativa (cfr. artt. 13 e 14).

Chiaramente infondata è anche l'ulteriore eccezione di inammissibilità, argomentata nella considerazione che la società ricorrente ha presentato l'offerta in qualità di impresa individuale, e ciò le impedirebbe di partecipare in forma associata, con conseguente carenza di interesse a censurare le clausole del bando precludenti la sua partecipazione come capogruppo.

E' infatti chiaro che l'eventuale annullamento delle clausole gravate imporrebbe la rinnovazione del procedimento di gara.

2.1. - Le censure appaiono complessivamente meritevoli di positiva valutazione, nei termini che seguono.

Secondo l'assunto di parte ricorrente, dunque, dai gravati artt. 2 e 4 del secondo bando di gara, nonché dall'art. 1 del capitolato speciale si desume che non è indicata la prestazione prevalente della concessione; dall'art. 8 del bando e 6 del capitolato si inferisce altresì che, pur essendo contemplata, tra i requisiti di partecipazione di natura tecnica, l'iscrizione presso il Registro Imprese per il ramo concernente «l'attività di gestione del servizio impianti elettrici e di distribuzione energia elettrica per lampade votive e dalla quale risulti anche il possesso dei requisiti di cui al D.M. 37/2008 e s.m.i.», tale servizio può essere concesso in subappalto, come confermato anche dal successivo art. 19 dello stesso bando, con la conseguenza che il requisito in questione non sarebbe indispensabile ai fini della partecipazione alla gara; al contempo l'art. 8, nel "N.B." finale,

stabilisce che «in caso di raggruppamenti d'impresе, inoltre, i requisiti di cui ai punti 1-3-4 dovranno essere posseduti per intero dalla Capogruppo», equivalendo ciò ad affermare che il requisito dell'attività di gestione del servizio impianti elettrici, indicato al punto 2, può non essere posseduto dall'impresa mandataria.

Ritiene il Collegio necessario preliminarmente chiarire che il bando oggetto di gravame concerne una concessione di servizi, e non già un appalto di servizi pubblici, benché venga richiamata la categoria 27 dell'All. II B al codice dei contratti pubblici, inclusa nell'elenco dei contratti di servizi esclusi.

Tale circostanza è incontestata tra le parti, e peraltro si desume dai destinatari della prestazione (si tratta di un servizio rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione) e dall'allocazione del rischio di gestione del servizio (almeno per la prevalenza, la remunerazione deriva dalla gestione del servizio), elementi costituenti il naturale *discrimen* tra concessione ed appalto (in termini T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26; Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 515).

Ne consegue che si applica alla presente fattispecie l'art. 30 dello stesso *corpus* legislativo, che, al primo comma, sancisce l'inapplicabilità delle disposizioni del codice alle concessioni di servizi, ed, al terzo comma, stabilisce che «la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di

trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

Ciò significa che talune delle norme invocate da parte ricorrente, ed in particolare l'art. 37 del codice, in ordine alla specificazione della prestazione prevalente, peraltro facilmente evincibile dalla *lex specialis*, non sono direttamente applicabili.

Rimane però il fatto che, effettivamente, il bando si pone in contrasto con i principi espressi dal Trattato europeo in tema di tutela della concorrenza, restringendo irragionevolmente le possibilità di partecipazione per gli operatori nel settore dell'illuminazione votiva, quale è la società ricorrente, pur costituendo tale servizio il 71% delle prestazioni complessive dedotte in contratto.

Tale indebita limitazione della concorrenza si rende palese essenzialmente con riferimento alla posizione marginale che tale operatore assume in caso di raggruppamento di imprese.

Ma problematico è anche l'ambito del subappalto (o, forse meglio, della sub-concessione), rispetto al quale l'art. 19 del bando richiama la disciplina dell'art. 118 del codice dei contratti pubblici; il subappalto dei servizi oggetto dell'affidamento è vietato dal bando, salvo che per il servizio di trasporto e smaltimento presso impianti autorizzati dei rifiuti cimiteriali, nonché, appunto, per il servizio di gestione dell'illuminazione votiva.

Senonché, l'art. 118, comma 2, stabilisce che può essere

subappaltato solamente il 30 per cento della categoria prevalente, che, per quanto riguarda servizi e forniture, è parametrata all'importo complessivo del contratto, mentre nella vicenda in esame viene ad essere consentito il subappalto di un servizio che costituisce il 70 per cento delle prestazioni.

Sono questi i profili di violazione di legge che portano anche all'irragionevolezza del bando, mentre occorre, per completezza di argomentazione, chiarire che l'ulteriore profilo dedotto di illegittimità del bando per violazione della disciplina del subappalto (nella prospettiva che la subappaltabilità del servizio consenta all'aggiudicatario di non possedere il requisito dell'iscrizione presso il Registro delle Imprese per la gestione del servizio dell'impianto elettrico e la distribuzione di energia per lampade votive) non appare condivisibile, in quanto il subappalto, a differenza dell'avvalimento, costituisce un modo di essere dello svolgimento della prestazione, nel senso che un soggetto, in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, fermo restando che i requisiti devono essere posseduti dal soggetto partecipante al momento della presentazione dell'offerta (in termini Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698).

3. - L'accoglimento delle censure scrutinate determina l'annullamento parziale del bando di gara, nei limiti censurati; il che esime il Collegio dalla disamina degli ulteriori motivi aggiunti, che possono dunque essere dichiarati assorbiti.

4. - Con i secondi motivi aggiunti viene poi impugnata l'esclusione

dalla gara della società ricorrente, di cui al verbale del 14 aprile 2011, e comunicata con nota prot. n. 5427 del successivo 15 aprile, deducendosi esclusivamente l'invalidità derivata dall'illegittimità del presupposto bando di gara.

A bene vedere, peraltro, tale profilo di invalidità derivata dall'illegittimità del bando non è idoneo a provocare l'annullamento del provvedimento di esclusione, in quanto, a fronte di un'impugnativa parziale e di un annullamento parziale della *lex specialis*, l'esclusione riposa su di una pluralità di cause giustificatrici, ognuna delle quali idonea a supportare autonomamente il provvedimento.

Si intende osservare che l'esclusione è motivata in considerazione della carenza dei seguenti documenti, richiesti a pena di esclusione dal punto 14 del bando di gara : 1) cauzione provvisoria; 2) attestazione di avvenuto sopralluogo; 3) idonea dichiarazione di almeno due istituti bancari attestante la solidità economica e finanziaria della ditta; 4) ricevuta di pagamento del contributo dovuto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

Specifica espressamente il provvedimento di esclusione che a proprio fondamento non è stata posta la mancata presentazione della documentazione attestante il possesso dei requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, in ragione della misura cautelare adottata da questo Tribunale Amministrativo.

I profili di illegittimità del bando accertati non attengono a tali motivi di esclusione, né agli stessi fanno riferimento le ulteriori due censure

dei primi motivi aggiunti dichiarate assorbite per economia di giudizio.

Non può dunque che richiamarsi il costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui è inammissibile per carenza di interesse il ricorso che non censuri tutte le ragioni giustificatrici idonee a sorreggere il provvedimento impugnato (tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2000, n. 6874; T.A.R. Liguria, Sez. II, 21 giugno 2007, n. 1188); a stretto rigore, si potrebbe aggiungere che, nel caso di specie, nessuna specifica causa di esclusione sia stata impugnata.

4. 1. - I secondi motivi aggiunti avverso l'esclusione dalla gara devono quindi essere dichiarati inammissibili.

5. - Si tratta a questo punto di valutare la sorte dei terzi motivi aggiunti esperiti avverso la determina n. 481 del 5 settembre 2011 di aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'A.T.I. avente come capogruppo la società cooperativa Dinamica Centro Servizi.

E' infatti noto come la più recente giurisprudenza abbia affermato che la mera partecipazione (di fatto) alla gara non sia sufficiente ad attribuire la legittimazione al ricorso, con la conseguenza che la definitiva esclusione dalla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura (in termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 ed anche Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6704).

Nel caso di specie l'esclusione della ricorrente è stata definitivamente accertata, ma in un contesto in cui la partecipazione alla gara poteva ritenersi, sempre alla stregua delle coordinate ermeneutiche tracciate

da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4 del 2011, non necessaria, essendo contestate clausole del bando “escludenti” per illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. In tale caso la legittimazione al ricorso anche senza partecipazione al procedimento di valutazione comparativa concorrenziale si connette all’affermazione giurisprudenziale dell’onere di sollecita impugnazione del bando di gara, senza attendere l’esito della selezione.

Guardando alla vicenda in esame, sarebbe inoltre scarsamente coerente con i principi generali, seppure in presenza di un provvedimento di esclusione, dichiarare inammissibile il gravame avverso l’aggiudicazione stante l’accoglimento del ricorso avverso il bando; è noto infatti che la giurisprudenza ammette la caducazione (od illegittimità derivata ad effetto caducante) dell’atto consequenziale in caso di stretto legame con l’atto presupposto; e così ad esempio nell’ipotesi della graduatoria e delle nomine per effetto dell’annullamento di un bando di concorso (Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1996, n. 592), ovvero dell’aggiudicazione in caso di annullamento del bando (T:A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 29 settembre 2004, n. 4195).

I terzi motivi aggiunti, dunque, nel riproporre censure di illegittimità derivata dal bando, devono essere accolti, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

5.1. - Non v’è luogo a provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto, essendo stata con provvedimento cautelare inibita la stipulazione del contratto, mentre infondata per assoluta genericità e

mancato assolvimento non solo dell'onere della prova, ma anche dell'onere di allegazione, è la pretesa risarcitoria.

6. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile; i primi motivi aggiunti vanno accolti, con conseguente annullamento parziale del bando di gara; i secondi motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili, mentre i terzi motivi aggiunti vanno accolti, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza, in favore della sola parte ricorrente, e sono liquidate nella misura fissata in dispositivo, mentre vanno compensate con riguardo all'Associazione interveniente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso; accoglie i primi motivi aggiunti, con conseguente annullamento parziale, nei termini di cui in motivazione, del bando di gara; dichiara inammissibili i secondi motivi aggiunti; accoglie i terzi motivi aggiunti, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Condanna il Comune di Spello alla refusione, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, liquidate in complessivi euro duemila/00 (2.000,00), mentre le compensa nei confronti della parte interveniente.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2012

IL SEGRETARIO

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