



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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 158 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Servizi Qualificati C.I.Q., rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Inglese, Luigi Vassallo e Marinella Baldi, con domicilio *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

contro

A2a Reti Gas Spa, rappresentata e difesa dall'avv.to Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

Aenergia Srl, Bonzi Srl (in proprio e come mandataria del RTI con Co.Ro.Met e Fraternità Servizi), rappresentate e difese dall'avv.to Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Diaz n. 13/C;

Simco Srl (in proprio e come mandataria del costituendo RTI con

S.P.E.S. Srl), rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Giovanni Onofri e Massimiliano Napoli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Via Ferramola n 14;
Antonini Srl, A2a Spa, non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE ALLE CONTROINTERESSATE A ENERGIA, RTI SIMCO E SPES, RTI BONZI, CO.R.MET E FRATERNITA' SERVIZI DEI TRE LOTTI DELLA PROCEDURA NEGOZIATA PER L'AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI RIGUARDANTI I MISURATORI DI GAS;

- DELLA COMUNICAZIONE DI AVVENUTA AGGIUDICAZIONE DEL 17/1/2014;

- DEI PROVVEDIMENTI DI AMMISSIONE ALLA GARA DELLE CONTROINTERESSATE;

e per la declaratoria

- DI INEFFICACIA DEI TRE CONTRATTI STIPULATI O DA STIPULARE;

e, in via graduata, per l'annullamento

- DEL REGOLAMENTO DI A2A RETI GAS SPA EX ART. 238 COMMA 7 DEL D. LGS. 163/2006;

- DELL'AVVISO DI GARA, DELLA LETTERA DI INVITO, DI TUTTI I DOCUMENTI DELLA LEX SPECIALIS E DEI VERBALI, NONCHE' DELL'INFORMATIVA EX 243-BIS COMMA 4 DEL D. LGS. 163/2006.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di A2a Reti Gas Spa, di Aenergia Srl, di Simco Srl e di Bonzi Srl;
Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2015 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta nell'ordinaria forma semplificata prescritta – in materia di appalti pubblici – dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale *“Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”*. La previsione è stata rafforzata dall'art. 40 comma 2 del D.L. 24/6/2014 n. 90 convertito in L. 11/8/2014 il quale (nel sostituire l'art. 120 comma 6 del D. Lgs. 104/2010) statuisce che ciascun giudizio *“... ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ...”*.

La ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto indetta da A2A Reti Gas S.p.a. per l'affidamento dei lavori concernenti i misuratori del gas (nuove attivazioni, riaperture, riattivazioni, subentri, verifiche tecniche, sostituzioni contatori, consegna chiavi, sospensione e interruzione per morosità, posa dispositivi di tele misura, etc.).

La gara era ripartita in tre lotti (ciascuno per un base d'asta di 1.500.000 €) da assegnare a tre distinti concorrenti con il metodo del prezzo più basso: in particolare la *lex specialis* imponeva al secondo e al terzo classificato di allinearsi al minor prezzo offerto.

Al termine del confronto comparativo, il Consorzio CIQ si piazzava al sesto posto con il 27,5%, preceduto da Aenergia (ribasso del 32,55%) Simco/Spes (30,21%), Bonzi/Coromet/Fraternità Servizi (29,16%), Antonini/Comer Servizi (27,82%), RTI Tagliabue/Tubigas (27,80%).

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, articolando le seguenti censure in diritto:

CON RIGUARDO ALLA PRIMA CLASSIFICATA (AENERGIA SRL) =

a) Violazione della *lex specialis*, degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, in quanto Aenergia ha trasmesso la richiesta di partecipazione come impresa singola, avvalendosi della facoltà di cooptare altra impresa (AGF Nuovagroup Srl avente sede in Romania), senza specificare nulla sul requisito di capacità tecnica di quest'ultima e neppure sulla porzione di attività che la stessa realizzerà nell'appalto;

b) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la cooptata AGF Nuovagroup ha sottoscritto i documenti di gara compresa la domanda di partecipazione, ha prestato fideiussione, ha siglato l'offerta economica, atteggiandosi come un'impresa

raggruppata pur non potendo acquistare lo *status* di concorrente;

c) Violazione della *par condicio* tra i partecipanti dato che, in sede di domanda di partecipazione, Aenergia ha omesso di dichiarare i requisiti tecnici di Nuovagroup, e la stazione appaltante ha indebitamente disposto un'acquisizione postuma;

SULLA SECONDA CLASSIFICATA (RTI SIMCO/SPES) =

d) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, visto che la mandante Spes ha dichiarato di possedere il requisito di capacità tecnica nella misura del 40% e Simco ha dichiarato attività analoghe per un importo complessivo nel triennio di € 4.698.363, mentre non vengono indicate le quote di partecipazione e le quote di esecuzione;

e) Violazione degli artt. 34 e 37 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, in quanto l'offerta economica doveva essere presentata su piattaforma informatica con sottoscrizione mediante firma digitale, e successivamente i concorrenti dovevano allinearsi alla migliore offerta: sia la dichiarazione di allineamento che la prima offerta economica sono state sottoscritte esclusivamente dalla mandataria Simco, quando il raggruppamento non si era ancora costituito;

f) Violazione della *par condicio*, poiché nella domanda di partecipazione mancava l'impegno di cui alla lettera k) dell'invito, e cioè la garanzia della disponibilità giornaliera delle maestranze richieste dalla stazione appaltante (l'impegno è stato assunto solo *ex post* a seguito di specifica richiesta);

SULLA TERZA CLASSIFICATA (RTI BONZI/COROMET/FRATERNITA' SERVIZI) =

g) Violazione degli artt. 34 e 37 della *lex specialis*, dato che l'avviso di gara prevedeva che il requisito di capacità tecnica fosse posseduto per il 60% dalla mandataria e la restante percentuale dalla mandante o dalle mandanti, ciascuna con almeno il 20%; Fraternità Servizi ha calcolato il requisito su 37 mesi e non su 36 come richiesto dal bando, e dunque non raggiungeva la soglia minima del 20%;

h) Violazione della *lex specialis*, illogicità manifesta, in quanto Fraternità servizi ha reso le dichiarazioni a firma dell'amministratore delegato Sig. Quartini che (a differenza del Presidente della Cooperativa), vanta poteri limitati alle deleghe conferite, tra le quali non è compresa la partecipazione alle gare pubbliche;

i) Violazione degli artt. 34 e 37 della *lex specialis*, dato che la dichiarazione di allineamento è stata sottoscritta soltanto da Bonzi Srl, senza che il raggruppamento fosse già stato costituito;

SUL QUARTO CLASSIFICATO (RTI ANTONINI/COMER)

j) Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la mandante Comer ha attestato un requisito di qualificazione per il 25%, a fronte di una quota di esecuzione pari al 49%;

k) Violazione degli artt. 34 e 37 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, visto che l'offerta economica è stata sottoscritta soltanto dal legale rappresentante di Antonini Srl, senza che il raggruppamento fosse ancora costituito;

l) Violazione della *par condicio*, in quanto il RTI Antonini/Comer ha allegato polizza fideiussoria per € 15.000, importo integrato solo successivamente dietro richiesta della stazione appaltante.

(in via graduata) CENSURE CADUCANTI L'INTERA GARA =

m) Violazione del principio di pubblicità delle sedute, dato che l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica è avvenuta in seduta riservata, viziando irrimediabilmente l'intera procedura di gara; la violazione è ancora più evidente se si considera che il contratto è a rilevanza comunitaria perché non ha natura di appalto di lavori (secondo il criterio sostanzialistico della prestazione) ma di appalto di servizi (cfr. allegati 15 e 16).

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 26/2/2014 n. 114, questa Sezione ha motivatamente respinto la domanda cautelare, mentre il Consiglio di Stato, investito dell'appello cautelare, lo ha rigettato con ordinanza n. 2585 resa nella Camera di consiglio del 17/6/2014.

Con motivi aggiunti, depositati il 19/2/2014, la ricorrente impugna gli atti in epigrafe deducendo ulteriormente:

n) Violazione della *lex specialis* e dei principi in materia di verifiche dei requisiti nelle pubbliche gare, inosservanza della par condicio ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e illogicità manifesta, dato che i concorrenti dovevano trasmettere la documentazione utile a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara entro 20 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e il termine (di natura perentoria) non è stato rispettato;

o) Violazione della *lex specialis* e degli artt. 48 e 92 comma 5 del D.P.R. 207/2010, visto che la cooptata di Aenergia non ha comprovato i requisiti né la convenzione/contratto ha previsto tale incombente.

Con ulteriori motivi aggiunti depositati il 16/4/2014 parte ricorrente denuncia plurime doglianze ricollegabili alla violazione della *lex specialis* e all'inosservanza degli artt. 38, 42, 48 comma 2 e 74 comma 4 del D. Lgs. 163/2006, posto che i concorrenti avevano 20 giorni di tempo per comprovare i requisiti: in particolare la legge di gara contemplava la dichiarazione di buon esito rilasciata in conformità a quanto previsto dagli artt. 42 e 48 del D. Lgs. 163/2006, e il requisito esperienziale correlato ad attività corrispondenti con l'oggetto dell'appalto (cfr. chiarimenti della stazione appaltante – doc. 19). In proposito si registrano carenze nei requisiti generali e speciali di Aenergia (e della sua cooptata), ATI Simco e RTI Bonzi.

Con ordinanza n. 226 del 24/4/2014 questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare formulata nei secondi motivi aggiunti, mentre il Consiglio di Stato – investito dell'appello cautelare – con ordinanza n. 3320 del 30/7/2014 ha ordinato la trasmissione della causa a questo T.A.R. per la sollecita fissazione del merito.

Alla pubblica udienza del 14/1/2015 il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono stati chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della procedura selettiva indetta da A2A Reti Gas S.p.a. per l'affidamento dei lavori concernenti i misuratori

del gas.

Il Collegio può prescindere dall'esame delle numerose eccezioni in rito formulate, per l'infondatezza nel merito dei motivi di ricorso.

0. Va anzitutto premesso che, come anticipato in sede cautelare, la gara di cui si controverte è stata preceduta da una procedura competitiva destinata a selezionare (previo accertamento dei requisiti tecnici e morali) un gruppo di operatori commerciali, idonei ad intraprendere un confronto comparativo. A2A ha in tal modo formato una lista di contraenti qualificati, i quali sarebbero stati invitati a presentare un'offerta economica ove fosse stato necessario indire appalti nello specifico settore.

1. Con il primo gruppo di motivi del ricorso introduttivo parte ricorrente sostiene l'illegittima ammissione della prima classificata in graduatoria (Aenergia Srl), ravvisando:

- Violazione della *lex specialis*, degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, in quanto Aenergia ha trasmesso la richiesta di partecipazione come impresa singola, avvalendosi della facoltà di cooptare altra impresa (AGF Nuovagroup Srl avente sede in Romania), senza specificare nulla sul requisito di capacità tecnica di quest'ultima (la quale, solo su richiesta della stazione appaltante, ha dichiarato lo svolgimento di servizi analoghi per un importo inferiore al 10% del requisito di capacità tecnica richiesto per l'ammissione alla gara), e neppure sulla porzione di attività che la stessa realizzerà nell'appalto; la giurisprudenza sul punto esige una qualificazione corrispondente alla parte di servizio che si è dichiarato di voler

eeguire, per non eludere l'obbligo di corrispondenza tra requisito di qualificazione e quote di esecuzione;

- Violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la AGF Nuovagroup ha sottoscritto i documenti di gara (compresa la domanda di partecipazione), ha prestato fideiussione, ha siglato l'offerta economica, quando il soggetto cooptato non può acquistare lo *status* di concorrente: qualora infatti si comporti in modo equivoco – ponendo in essere attività incompatibili con la posizione di mera cooptata – va considerato come impresa raggruppata, ma in tal modo disvela l'assenza dei requisiti di qualificazione;

- Violazione della *par condicio* tra i partecipanti, dato che, in sede di domanda di partecipazione, Aenergia ha omesso di dichiarare i requisiti tecnici di Nuovagroup, e la stazione appaltante ha indebitamente ammesso un'integrazione postuma.

Le predette prospettazioni non sono condivisibili.

1.1 Con l'istituto della cooptazione, ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, un'impresa – priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione – può, in via eccezionale, essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione S.O.A., sempreché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori: il soggetto cooptato non acquista lo *status* di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente (prima) e (contraente) dopo e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria

quota dei lavori (Consiglio di Stato, sez. V – 17/3/2014 n. 1327). La figura è preordinata a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto alle seconde, e cioè le imprese che associano (T.A.R. Toscana, sez. I – 13/1/2015 n. 53).

La giurisprudenza ha in proposito statuito che la scelta di associare una cooptata non può prescindere da una chiara, espressa ed inequivoca dichiarazione in tal senso del concorrente, in assenza della quale l'indicazione di un'altra impresa deve essere sempre ricondotta alla figura di carattere generale dell'associazione temporanea (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV – 3/7/2014 n. 3344 e la giurisprudenza ivi richiamata): nella fattispecie AEnergia Srl ha presentato la domanda come impresa singola (cfr. suo doc. 2) e, in coerenza con tale impostazione, ha dichiarato di possedere per intero (doc. 8) i requisiti di capacità tecnica richiesti alla pagina 2 dell'avviso di gara. AEnergia ha testualmente indicato AGF Nuovagroup Srl come “impresa cooptata”, in tal modo ottemperando all'obbligo di chiarezza imposto dalla giurisprudenza sopra richiamata. Né la normativa di riferimento (art. 95 D.P.R. 207/2010) e neppure la *lex specialis* stabilivano obblighi o impartivano prescrizioni sul possesso dei requisiti o sulla parte dei lavori che la cooptata si impegnava a eseguire, cosicché legittimamente la stazione appaltante ha richiesto *ex post* ad AGF

Nuovagroup la semplice dichiarazione relativa all'importo delle attività analoghe eseguite nel triennio, dal momento che la tipologia degli interventi e il rispetto della soglia percentuale massima di lavori introdotta dall'art. 95 del D.P.R. 207/2010 ben potrà assumere rilievo nella fase di esecuzione dell'appalto.

1.2 La domanda di partecipazione alla gara, la sottoscrizione dell'offerta economica e della polizza fideiussoria sono state effettuate dalla concorrente (singola) AEnergia, mentre la semplice apposizione della firma di AGF Nuovagroup non altera il predetto rapporto e non insinua alcun dubbio sul ruolo assunto da un'impresa che si qualifica espressamente come "Impresa Cooptata".

1.3 Conseguentemente non si registra alcuna violazione delle regole della competizione per la mancata dichiarazione dei requisiti della cooptata nella domanda di partecipazione, rispetto ai quali l'avviso di gara nulla disponeva. Nel silenzio della *lex specialis* sul punto, l'integrazione documentale è conforme al principio di massima partecipazione alla gara, in quanto il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46 comma 1 del Codice dei contratti si sostanzia nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. IV – 27/3/2014 n. 1858), mentre non è permessa la produzione tardiva della dichiarazione o del documento mancanti o la sanatoria della forma omessa qualora tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e

dalle leggi statali. Seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, adunanza plenaria – 25/2/2014 n. 9, nella fattispecie non assistiamo a un'integrazione non consentita – per omissioni documentali o inadempienze procedurali colpite dalla sanzione dell'esclusione nella legge di gara – bensì a una regolarizzazione che non reca un *vulnus* al principio di parità di trattamento, appunto perché è stata specificata un'esperienza già maturata e l'adempimento non era contemplato dall'avviso di gara.

2. Con riferimento alla seconda classificata (RTI Simco/Spes) C.I.Q. ne lamenta la mancata esclusione, evidenziando:

- la violazione degli artt. 34 e 37 del D. Lgs. 163/2006, visto che la mandante Spes ha dichiarato di possedere il requisito di capacità tecnica nella misura del 40%, e Simco ha dichiarato le attività analoghe per un importo complessivo nel triennio di € 4.698.363, mentre non vengono indicate le quote di partecipazione e le quote di esecuzione;
- la violazione degli artt. 34 e 37 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, in quanto l'offerta economica doveva essere presentata su piattaforma informatica con sottoscrizione mediante firma digitale, e successivamente i concorrenti piazzati al secondo e al terzo posto dovevano adeguarsi alla migliore offerta; la dichiarazione di allineamento è stata sottoscritta esclusivamente dalla mandataria Simco, quando il raggruppamento non si era ancora costituito; allo stesso modo la prima offerta economica formulata è assistita dalla sola firma della mandataria;

- la violazione della *par condicio*, poiché nella domanda di partecipazione mancava l'impegno di cui alla lettera k) dell'invito, e cioè la garanzia della disponibilità giornaliera delle maestranze richieste dalla stazione appaltante (la dichiarazione è stata resa solamente ex post a seguito di specifica richiesta).

Detta impostazione non persuade.

2.1 La *lex specialis* (pagina 10) si limita a richiamare in modo specifico l'art. 37 comma 7 del D. Lgs. 163/2006 e a stabilire la ripartizione del requisito tecnico di partecipazione di cui al punto "i" dell'avviso di gara tra mandataria (60%) e mandante (40%, con il minimo del 20% se sono più di una). L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (30/1/2014 n. 7) ha statuito – affrontando la fattispecie di cui all'art. 37 comma 13 del D. Lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis* alla fattispecie – che *“Una volta ricostruito il compendio delle norme (anche nella loro evoluzione diacronica), e dei principi costitutivi del micro ordinamento di settore, è agevole riscontrare che il dovere di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione in capo alle imprese raggruppate, sancito dall'art. 37, co. 13, cit., non esprime un principio generale del Trattato e della disciplina dei contratti, segnatamente a tutela del valore della trasparenza, poiché l'esigenza che soddisfa, pur meritevole di apprezzamento per scelta della legge, si esaurisce completamente all'interno della sfera di interessi della stazione appaltante, in funzione di esigenze di semplice correttezza dell'azione amministrativa, rendendo più agevoli i compiti di accertamento e controllo da parte del seggio di gara”*. La stessa ricorrente ammette lealmente (memoria conclusionale 29/12/2014, pag. 11) che, per effetto della novella di

cui al D.L. 95/2012 e alla luce della citata pronuncia dell'Adunanza plenaria, la portata del principio debba essere svalutata, salvo rimarcare che occorre comunque la qualificazione per la parte di prestazioni che l'impresa si impegna a eseguire. Ebbene, il mancato recepimento espresso dell'art. 37 comma 13 negli atti di gara non può implicarne l'applicazione, alla luce delle conclusioni raggiunte dall'Adunanza plenaria, senza che sia sufficiente, allo scopo, invocare il generico richiamo della *lex specialis* alle disposizioni di legge in materia di appalti pubblici (in quanto applicabili ad A2A Reti Gas Spa e/o a Società del gruppo). La predetta linea interpretativa è confortata dall'avvenuta abrogazione della norma per effetto dell'art. 12 comma 8 del D.L. 28/3/2014 n. 47 conv. in L. 23/5/2014 n. 80 il quale – seppur non applicabile alla fattispecie esaminata – conclude un percorso di progressivo “depotenziamento” della regola. L'ulteriore censura afferente all'esecuzione, da parte della mandante, del 45% delle opere (in luogo del 40% corrispondente alla qualificazione), è inammissibile in quanto formulata soltanto nella memoria finale, non ritualmente notificata.

2.2 Per quanto concerne il secondo profilo, l'offerta doveva essere presentata tramite piattaforma digitale, ove era consentita la sola sottoscrizione del mandatario (cfr. chiarimenti, doc. 4 ATI Simco). In ottemperanza a quanto prescritto a pagina 5 punto 11 della lettera d'invito (e degli stessi chiarimenti resi dalla stazione appaltante), le 2 imprese (Simco e Spes) hanno sottoscritto dichiarazione congiunta attestante che l'offerta è stata formulata da entrambi gli operatori

economici del costituendo RTI (doc. 5 ATI Simco), confermando la doppia paternità dell'offerta trasmessa in via telematica. La dichiarazione di allineamento, in disparte ogni altra considerazione, costituiva un adempimento imposto al termine della gara, il quale pertanto poteva essere assolto anche dalla sola mandataria, e d'altronde il perfezionamento del vincolo negoziale in conformità alle prescrizioni dettate dalla stazione appaltante non è mai stato posto in discussione dalle due imprese dell'ATI.

2.3 La specificazione dell'impegno a garantire i tecnici qualificati è stata in realtà effettuata dall'ATI resistente, seppur in forma abbreviata. Come si può osservare esaminando il doc. 8 prodotto in giudizio, Simco e Spes hanno reso la dichiarazione di cui alla lett. k) dell'avviso di gara, richiamando tutte le figure ivi contemplate (n. 14) e semplicemente trascrivendo per l'ultima soltanto la prima parte dell'ampio periodo ossia *"1 saldatore per sostituzione contatori grosso calibro e modifica piping, ecc"*. L'utilizzo della locuzione *"eccetera"* implica chiaramente l'adesione all'intero periodo che descrive l'attività e le qualificazioni del saldatore, sicché si è rivelata corretta la richiesta di chiarimenti sul punto ad opera della stazione appaltante (seguita dalla nota di specificazione del 6/5/2013).

3. Con riguardo alla terza classificata (RTI Bonzi/Coromet/Fraternità servizi):

I) Non sussiste la dedotta violazione degli artt. 34 e 37 della *lex specialis*, dato che l'avviso di gara prevedeva che il requisito di capacità tecnica fosse posseduto per il 60% dalla mandataria e la restante

percentuale dalla mandante o dalle mandanti, ciascuna con almeno il 20%: il calcolo del requisito, da parte di Fraternalità Servizi, sui 37 mesi (e non 36) è stato indotto dalla stazione appaltante, che ha indicato l'arco temporale delle attività analoghe svolte nel periodo compreso tra febbraio 2010 e febbraio 2013. La prescrizione si rivela obiettivamente fuorviante, potendosi interpretare sia come 3 anni solari interi (e dunque 36 mesi) ovvero come estesa a 37 mesi (tenendo conto del termine iniziale e finale espressamente menzionati), e pertanto la soluzione prescelta non può ritorcersi (per la prima o per la seconda opzione prescelta) contro la concorrente. Peraltro la difesa dell'ATI sostiene che il requisito poteva ritenersi soddisfatto anche considerando i 36 mesi.

II) Alla luce dei poteri statuari dell'amministrazione delegato, comprendenti la gestione dei rapporti di carattere economico anche con soggetti pubblici e la firma di contratti e convenzioni, è opinione del Collegio che la potestà di assumere impegni negoziali sussuma le fasi prodromiche della negoziazione e delle trattative nonché (nelle gare pubbliche) la presentazione delle offerte, le quali sono qualificabili come semplice "proposta" di un contratto, destinato a perfezionarsi in esito all'aggiudicazione;

III) sulla dichiarazione di allineamento, in assenza di specifiche prescrizioni della stazione appaltante, si può rinviare a quanto argomentato al precedente paragrafo 2.2.

4. A questo punto la ricorrente è priva di interesse all'esame delle doglianze rivolte contro il quarto classificato, essendo

(legittimamente) preceduta dalle prime tre concorrenti in graduatoria (oltre alla quinta avverso la quale non sono state formulate censure).

5. C.I.Q., in via subordinata, persegue la caducazione dell'intera gara, lamentando la violazione del principio di pubblicità delle sedute, dato che l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica è avvenuta in seduta riservata, viziando irrimediabilmente l'intera procedura di gara (Consiglio di Stato, adunanza plenaria n. 16/2011); la violazione sarebbe ancora più evidente se si considera che il contratto è a rilevanza comunitaria perché non ha natura di appalto di lavori bensì – secondo il criterio sostanzialistico della prestazione – di appalto di servizi (cfr. allegati 15 e 16).

La doglianza è priva di pregio.

5.1 La gara si è svolta *on-line* attraverso piattaforma elettronica. L'art. 85 comma 7 del D. Lgs. 163/2006 recita testualmente *“Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute con le modalità stabilite nel bando di gara e in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto e alla relativa ponderazione.”*. L'art. 291 del D.P.R. 207/2010 rubricato *“Modalità e partecipazione all'asta elettronica”* prevede al comma 1 gli adempimenti da effettuare *“Dopo che la stazione ha valutato l'ammissibilità delle offerte, ai sensi dell'articolo 85, comma 7, del codice, ...”*. Dunque il legislatore prevede in modo espresso la compatibilità della selezione di cui si discorre con l'esame della documentazione in via riservata. Appare del resto evidente come – nelle procedure competitive informatiche – i principi

generali in materia di contratti pubblici trovino attuazione con modalità differenti da quelli che connotano le gare tradizionali. Tra l'altro la peculiarità della fattispecie è accentuata dall'avvenuto svolgimento della pre-qualificazione ai sensi dell'avviso di gara del 26/3/2013, mentre in ogni caso l'offerta economica è stata presentata avvalendosi della piattaforma *on-line*.

5.2 Quanto all'ulteriore profilo, la gara contempla attività classificabili come "lavori" quali smontaggi, rimontaggi di raccorderia e tubazioni, saldature e filettature per prefabbricazione di tubazioni e pezzi di impianto, opere edili di demolizione di manufatti cementizi, modifiche impiantistiche, modifica dei raccordi di innesto di contatori, montaggi meccanici di apparecchiature per la misura del gas (cfr. nota A2A 29/1/2014). Non è condivisibile l'approccio racchiuso nell'allegato tecnico dimostrativo di parte ricorrente (doc. 16), in quanto la disponibilità del personale individuato a pagina 2 (lettera k) dell'avviso di gara non è sufficientemente indicativo dell'impegno specifico richiesto alle risorse umane da mettere a disposizione, mentre l'elencazione delle prestazioni da rendere accredita il giudizio di prevalenza secondo il criterio cd. "sostanzialistico", in presenza di molteplici tipologie di interventi tecnico-operativi.

In conclusione il gravame introduttivo è infondato.

6. Passando all'esame dei motivi aggiunti, la ricorrente si duole della violazione della *lex specialis* e dei principi in materia di verifiche dei requisiti nelle pubbliche gare, dell'inosservanza della *par condicio* e dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e

illogicità manifesta, dato che i concorrenti dovevano trasmettere la documentazione utile a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara entro 20 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e il termine (di natura perentoria) non è stato rispettato; l'amministrazione ha inteso applicare i principi in tema di appalti pubblici, in quanto la lettera d'invito richiama gli artt. 42 e 48 del Codice dei contratti e racchiude una norma generale di rinvio.

La censura è priva di pregio giuridico.

6.1 Anzitutto la natura del termine di cui all'art. 48 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 non è ancora pacifica in giurisprudenza anche dopo l'intervento dell'adunanza plenaria (sentenza 25/2/2014 n. 10): ad avviso di quest'ultima la disposizione *“si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma primo del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, di cui al comma primo, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti”*. Ebbene, lo stesso Consiglio di Stato, sez. V – 7/7/2014 n. 3431 (nel richiamare la decisione della sez. V – 7/7/2011, n. 4053), dopo aver sostenuto che, ai sensi dell'art. 152 comma 2 del cpc – recante un principio generale del nostro ordinamento – i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori (principio applicabile anche ai termini nei procedimenti amministrativi) ha statuito che *“Il comma 2 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 di per sé non ha fissato un termine*

perentorio per il deposito da parte dell'aggiudicatario della documentazione a comprova dei propri requisiti: la disciplina complessivamente contenuta nel comma medesimo sanziona con l'esclusione dal procedimento di scelta del contraente soltanto l'ipotesi della mancata comprova del possesso dei requisiti contemplati dalla legge e dalla lex specialis di gara, e non già l'intempestiva produzione della documentazione richiesta al riguardo". La pronuncia ha persino aggiunto che la scelta della stazione appaltante – la quale estenda di propria iniziativa alla disciplina di cui si discorre la perentorietà del termine contemplato nella diversa ipotesi del comma 1 – urta “*con quanto disposto dall'art. 46, comma 1-bis, del medesimo D.Lgs. n. 163 del 2006, introdotto per effetto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 convertito con modificazioni in L. 12 luglio 2011, n. 106 che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione*”.

6.2 A fronte del margine di incertezza interpretativa, si deve puntualizzare che:

- l'art. 48 del D. Lgs. non trova applicazione nei settori speciali di cui all'art. 206 del Codice dei contratti (come l'appalto di cui si controverte);
- la stazione appaltante ha indicato una quantità notevole di documenti da produrre (cfr. pagine da 8 a 10 della lettera d'invito), e la circostanza induce a qualificare il termine come ordinatorio;
- l'efficacia della clausola generale di chiusura invocata dalla ricorrente è depotenziata dalla previsione della lettera d'invito (pagina 10) per la quale in caso di mancata presentazione di documenti o di documenti non conformi (sul possesso dei requisiti) A2A “si riserva” di far luogo

all'aggiudicazione all'impresa che segue in graduatoria, con ciò conservando un margine di apprezzamento discrezionale rispetto a lacune, omissioni e (ovviamente) ritardi nella consegna.

6.3 Sulla mancata comprova dei requisiti della cooptata di Aenergia, si richiama quanto statuito al precedente paragrafo 1.3, rilevando in aggiunta che il soggetto cooptato non acquista lo *status* di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, e dunque ben poteva la stazione appaltante verificarne i requisiti in un momento successivo.

7. Con riferimento ai motivi aggiunti depositati il 16/4/2014 parte ricorrente sottolinea la carenza dei requisiti in capo a Aenergia, dal momento che i 3 certificati di regolare esecuzione rilasciati da Italgas – aventi per oggetto la costruzione, sostituzione e manutenzione di reti gas – non sono pertinenti ai fini del requisito esperienziale richiesto dal bando, che riguardava nello specifico i misuratori (cfr. risposta a quesiti – doc. 19); in secondo luogo la Società cooptata Nuovagroup non ha comprovato l'attività analoga (dichiarata) per l'importo di 92.019,09 €; inoltre ha ommesso di indicare il cessionario di ramo d'azienda tra i soggetti contemplati all'art. 38 comma 1 lett. b) e c) del D. Lgs. 163/2006 (la cessione è avvenuta il 28/5/2012, e dunque alla data della domanda di partecipazione non era trascorso il periodo che permette di omettere la dichiarazione sui requisiti morali del cedente); inoltre occorre (ai sensi del punto I dell'avviso di gara) l'impegno a garantire una sede operativa nel Comune di Milano per tutto lo svolgimento della gara, mentre Aenergia ha dichiarato di

disporre di una sede a Solaro, località non certo limitrofa (doc. 24).

7.1 Le articolate contestazioni non sono condivisibili, in quanto:

- AEnergia ha dimostrato l'avvenuto espletamento di attività concernenti nello specifico i misuratori del gas (cfr. dichiarazione di Società Italiana per il gas – doc. 11);

- la distanza tra il Comune di Solaro e il centro di Milano è poco più di 20 Kilometri, 10 dei quali devono essere percorsi per uscire dai confini del capoluogo, per cui la previsione di una “sede limitrofa” non risulta violata; peraltro la dichiarazione resa in sede di gara contempla *“l'impegno a garantire la sede”* per cui l'obbligo giuridico dovrà essere puntualmente adempiuto (anche con i correttivi necessari su iniziativa della stazione appaltante) nella fase esecutiva del contratto;

- la cooptata, come già sottolineato dal Collegio, non è una concorrente e dunque non sono ad essa applicabili le disposizioni sui requisiti minimi, con l'unico vincolo del possesso della categoria e della classifica corrispondente alla propria quota di lavori (cfr. art. 92 comma 5 D.P.R. 207/2010), che non è in discussione nel presente contenzioso.

8. Secondo Consorzio Servizi Qualificati, ATI Simco ha prodotto – per comprovare l'attestazione circa il possesso dei requisiti esperienziali – la dichiarazione di un soggetto privato (Società Elster Srl) che dava atto che altro soggetto (Elster Spa) ha affidato a SIMCO il servizio di installazione di dispositivi di conversione dei volumi e dei relativi *modem*, conformi alla direttiva 155/08 e delle relative

manutenzioni; identica dichiarazione è stata rilasciata da Itron Italia. Ebbene, le predette note sono prive delle forme previste dal D.P.R. 445/2000, non specificano gli importi dell'appalto e non sono pertinenti con il suo oggetto; la strumentazione tecnica messa a disposizione per la verifica della prova di tenuta non è idonea all'uso (doc. 26); inoltre la mandante Spes Srl ha dichiarato lo svolgimento di servizi analoghi per 400.000 €, resi in parte a favore di A2A (322.826,47 €) e in parte commissionati da Ariet Srl (82.500 €), quando quest'ultima Società non compare nell'elenco dei distributori sul sito internet di AEEG; infine, premessa l'assenza della dichiarazione completa di cui alla lettera k) della lettera d'invito, il saldatore messo a disposizione è privo della certificazione necessaria.

8.1 Le plurime doglianze non sono passibili di positivo scrutinio, poiché:

- le attestazioni di buon esito, allegate alla dichiarazione del legale rappresentante di Simco datata 28/1/2014, sono state rese in conformità alla clausola di cui a pagina 10 lett. v) della lettera d'invito, e Simco ha prodotto in atti anche due fatture (cfr. suo doc. 15);
- i dispositivi di conversione dei volumi e dei *modem* risultano richiamati nell'oggetto della gara quali dispositivi di tele misura del gas;
- gli specifici strumenti necessari per l'espletamento dell'appalto possono essere reperiti dall'ATI in sede esecutiva (e la memoria del 18/4/2014 dà conto del prossimo acquisto di 4 apparecchi);
- la circostanza che l'impresa Ariet non sia un distributore di gas è

irrilevante, in quanto oggetto di valorizzazione è il dato esperienziale coerente con l'appalto in questione;

- l'impegno a garantire la presenza del saldatore è stato correttamente assunto in sede di domanda di partecipazione (il punto è già stato affrontato al paragrafo 2.3), mentre le abilitazioni dei tecnici sono richieste per l'esecuzione del contratto.

9. C.I.Q. lamenta ulteriori vizi afferenti al RTI Bonzi/Coromet/Fraternità servizi. La Società Bonzi ha prodotto una dichiarazione per lo svolgimento di servizi analoghi a favore di A2A per 598.059,16 € (all. 30), non accompagnata da documenti contabili; ha allegato inoltre una dichiarazione di Italgas circa l'avvenuta posa di misuratori di gas per 505.424 € tra il 2009 e il 2011, senza puntualizzare se l'importo è riferito al triennio 2010-2013; analogo profilo di inidoneità si rinviene per l'impresa Coromet, la quale si è limitata a produrre il certificato di buon esito per "attività di posa e/o sostituzione misuratori gas" di Italgas per 460.608,75 € con riguardo al periodo da gennaio 2009 a dicembre 2011 (doc. 31); la mandante Fraternità Servizi (che aveva dichiarato in sede di gara l'espletamento di attività analoghe per 206.567,37 €) non ha prodotto alcun documento a comprova dei requisiti.

9.1 Anche la predetta impostazione non è meritevole di apprezzamento, dato che ATI Bonzi ha prodotto in giudizio le fatture emesse da A2A (doc. 14) e Italgas (15) per i lavori espletati negli anni 2010, 2011 e 2013; ha inoltre esibito descrizioni analitiche di lavori analoghi svolti da Fraternità Servizi su commissione di Consorzio

Inrete.it, Linea distribuzione Srl, Solco, A2A e Isidata, per un importo che supera ampiamente quello dichiarato in sede di gara. Si fa riferimento in particolare all'attestazione di A2A, che certifica l'esito positivo di lavori svolti tra febbraio 2010 e febbraio 2013 – per attività svolte su apparecchi di misura – per 433.737,80 €. Per quanto concerne Coromet, l'imperfezione dell'arco temporale dichiarato non mette in dubbio l'esistenza di un requisito che il raggruppamento nel suo complesso ha ampiamente dimostrato di soddisfare.

In conclusione il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso introduttivo in epigrafe e i motivi aggiunti.

Condanna il Consorzio ricorrente a corrispondere all'amministrazione resistente la somma di 3.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna il Consorzio ricorrente a corrispondere a ciascuna controinteressata costituita la somma di 3.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio

2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2015

IL SEGRETARIO

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