

N. 02293/2010 REG.SEN.  
N. 00144/2010 REG.RIC.



**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 Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 144 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Società Irpina Distribuzione Gas – SIDIGAS S.p.A., con sede in Avellino, Contrada Vasto, in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Società Appalti e Forniture per Acquedotti e Bonifiche – S.A.F.A.B. S.p.A., rappresentati e difesi dagli avvocati prof. Paolo Tesauro, Giovanna De Santis e Piero Franceschi, con domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo in Cagliari, via Sonnino n. 33;

***contro***

l'Organismo di Bacino n. 20, in persona del legale rappresentante pro tempore, Sindaco del Comune di Gonnosnò capofila dell'Organismo,

rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Cotza, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, piazza Michelangelo n. 14;

Comune di Albagiara, in persona del Sindaco in carica, Comune di Curcuris in persona del Sindaco in carica, Comune di Genuri in persona del Sindaco in carica, Comune di Gonnostramatza in persona del Sindaco in carica, Comune di Sini in persona del Sindaco in carica, Comune di Usellus in persona del Sindaco in carica, Comune di Villa Verde in persona del Sindaco in carica, rappresentati e difesi dall'avv. Federico Pinna, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Cimarosa n. 112;

Comune di Assolo, in persona del Sindaco in carica; Comune di Baradili, in persona del Sindaco in carica; Comune di Baressa in persona del Sindaco in carica; Comune di Gonnoscodina in persona del Sindaco in carica; Comune di Masullas in persona del Sindaco in carica; Comune di Mogorella in persona del Sindaco in carica; Comune di Nureci in persona del Sindaco in carica; Comune di Pau in persona del Sindaco in carica; Comune di Pompu in persona del Sindaco in carica; Comune di Ruinas in persona del Sindaco in carica; Comune di Siris in persona del Sindaco in carica; Comune di Villa Sant'Antonio, in persona del Sindaco in carica, tutti non costituiti in giudizio.

***nei confronti di***

Fiamma 2000 Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Eulo Cotza, con domicilio eletto presso il suo studio

in Cagliari, piazza Michelangelo n. 14;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

con il ricorso introduttivo, notificato l'11 febbraio 2010 e depositato il successivo 23 febbraio:

- del provvedimento con il quale è stata disposta in favore di Fiamma 2000 s.p.a. l'aggiudicazione provvisoria della "Procedura aperta ai sensi dell'art. 144 del D.lgs n. 163/2006, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83, comma 1, del medesimo decreto, per la realizzazione della rete del gas dei centri abitati dei Comuni appartenenti al Bacino 20";
  - del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove adottato, nonché del contratto di servizio, ove sottoscritto;
  - del verbale di gara del 21/11/2009, con il quale è stata disposta la riammissione alla procedura di Fiamma 2000 s.p.a.;
  - del verbale di gara del 12/12/2009, con il quale è stata definita la graduatoria provvisoria delle ditte concorrenti;
  - del verbale di gara del 19/12/2009, con il quale è stata dichiarata la congruità dei piani economico-finanziari presentato dalle ditte concorrenti e confermata la graduatoria provvisoria;
- nonché, con atto di motivi aggiunti notificato il 24 marzo 2010 e depositato il successivo 1° aprile, per l'annullamento:
- della determinazione dell'Organismo di Bacino n. 12/09 del 19 dicembre 2009, avente ad oggetto l'approvazione dei verbali di gara e

l'aggiudicazione provvisoria a favore della Fiamma 2000;  
- della determinazione dell'Organismo di Bacino n. 3/10 del 18 gennaio 2010, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva;  
- della nota prot. n. 897 del 23 febbraio 2010, con la quale l'Organismo di Bacino ha comunicato all'ATI SIDIGAS - SAFAB l'aggiudicazione a favore di Fiamma 2000;  
nonché  
per il risarcimento del danno ingiusto subito dalle ricorrenti.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;  
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Organismo Bacino 20, e dei Comuni di Albagiara, Curcuris, Genuri, Gonnostramatza, Sini, Usellus e Villa Verde;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di Fiamma 2000 S.p.A.;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2010 il dott. Giorgio Manca e uditi gli avvocati Tesauro, De Santis e Franceschi per le ricorrenti, l'avv. Paolo Cotza per l'Organismo di Bacino, l'avv. F. Pinna per i Comuni di Albagiara, Curcuris, Sini e Villa Verde e l'avv. Eulo Cotza per Fiamma 2000 S.p.A.;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Le società ricorrenti hanno partecipato, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, alla procedura di gara per l'affidamento della realizzazione della rete gas dei centri abitati dei Comuni appartenenti al Bacino n. 20, di cui è capofila il Comune di Gonnosnò. Nel termine previsto dal bando di gara hanno presentato offerta, oltre alle ricorrenti, la controinteressata Fiamma 2000 e la Euroimpianti s.r.l. . Nel corso della prima seduta di gara, tenutasi il 13 novembre 2009, la commissione di gara procedeva all'esame della documentazione amministrativa ai fini dell'ammissione delle offerte, disponendo l'esclusione della Fiamma 2000 e della Euroimpianti s.r.l. . Con riferimento a Fiamma 2000, la commissione di gara rilevava che il progettista indicato quale tecnico incaricato della redazione del progetto esecutivo aveva rilasciato una dichiarazione sostitutiva incompleta in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In data 16 novembre 2009, Fiamma 2000 presentava alla stazione appaltante una istanza di riammissione alla procedura, accolta dalla commissione di gara nella seduta del 21 novembre 2009. Con determinazione n. 03/10 del 18 gennaio 2010, il Responsabile Unico del Procedimento (RUP) aggiudicava la gara alla Fiamma 2000.

2. - Con ricorso notificato l'11 febbraio 2010 e depositato il successivo 23 febbraio, le ricorrenti impugnano gli atti della procedura di gara, meglio specificati in epigrafe, chiedendone l'annullamento sulla base delle seguenti ragioni di illegittimità:

a) violazione del disciplinare di gara (punto A), nonché dell'art. 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici e dell'art. 16, comma 6, della legge regionale sarda n. 5 del 2007, in quanto la dichiarazione resa dal progettista qualificato, indicato da FIAMMA 2000 in sede di offerta per la redazione del progetto esecutivo dei lavori, non era conforme a quanto prescritto dal punto A.2) del disciplinare; ne deriva, altresì, la violazione dei principi che impongono all'amministrazione la necessaria applicazione delle disposizioni della *lex specialis*;

b) violazione del punto B del disciplinare, violazione del principio di segretezza delle offerte e di tutela della par condicio, poiché l'offerta tecnica di FIAMMA 2000 era corredata da un elenco prezzi unitari.

Con atto di motivi aggiunti notificato il 24 marzo 2010 e depositato il successivo 1° aprile, estendono l'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva, proponendo i seguenti ulteriori motivi:

c) con riferimento al primo motivo del ricorso introduttivo, premesso che il progettista indicato da FIAMMA 2000 ha ripresentato la dichiarazione prevista dal disciplinare solo in data 19 dicembre 2009, quindi dopo il decorso del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, deducono altresì la violazione dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici che disciplina il potere di integrazione documentale, i cui presupposti non ricorrerebbero nella fattispecie in esame;

d) illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione

definitiva.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 17 maggio 2010 e depositato il successivo 26 maggio, le ricorrenti altresì deducono:

e) violazione dell'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, in quanto FIAMMA 2000 ha in affidamento diretto, mediante la controllata Sarda reti Gas s.r.l., il servizio di distribuzione del gas del Comune di Sedilo e conseguentemente non avrebbe potuto partecipare alla gara oggetto della presente controversia;

f) violazione dell'art. 2 del disciplinare di gara, eccesso di potere per errore sui presupposti e per disparità di trattamento, con riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica della costituenda ATI SIDIGAS – SAFAB.

3. - Si è costituito l'Organismo di Bacino n. 20 e il Comune di Gonnosnò, capofila della convenzione, nonché i Comuni di Albaiara, Curcuris, Genuri, Gonnostramatza, Sini, Usellus e di Villa Verde, facenti parte della convenzione, i quali hanno concluso chiedendo che il ricorso sia respinto.

4. – Per resistere in giudizio si è costituita anche la controinteressata Fiamma 2000 S.p.A., chiedendo che il ricorso sia respinto. La controinteressata ha proposto, altresì, ricorso incidentale con il quale impugna il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui prevede che la dichiarazione sostitutiva di cui al punto A.2) del disciplinare debba essere resa, con i medesimi contenuti e termini, anche dal progettista qualificato indicato in sede di offerta per la redazione del

progetto esecutivo dei lavori, reputando che tale clausola della lex specialis non sia imposta da alcuna norma di legge e, in quanto requisito ulteriore imposto discrezionalmente dall'amministrazione aggiudicatrice, in contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Impugna, inoltre, l'atto di ammissione alla procedura di gara della costituenda A.T.I. SIDIGAS – SAFAB, sostenendo che l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa per i seguenti motivi:

- a) nei confronti della SAFAB s.p.a. la Prefettura di Roma con provvedimento del 25 novembre 2009 avrebbe adottato una interdittiva antimafia in quanto ha ritenuto sussistente il pericolo di infiltrazioni mafiose;
- b) la cauzione provvisoria presentata in gara non sarebbe conforme all'art. 75 del codice dei contratti pubblici, in quanto non accompagnata dall'autorizzazione ministeriale rilasciata all'intermediario finanziario (Finworld s.p.a.) che ha emesso la polizza;
- c) l'ATI non avrebbe potuto beneficiare del dimezzamento della cauzione provvisoria, di cui all'art. 40, comma 7, del codice dei contratti pubblici, poiché la sola SIDIGAS è in possesso della certificazione di qualità sia per i lavori che per la gestione del servizio di distribuzione del gas, mentre la mandante S.A.F.A.B. s.p.a. avrebbe la sola certificazione di qualità per i lavori;
- d) la medesima cauzione provvisoria non avrebbe validità in quanto

priva dell'accettazione scritta del contraente, prevista nell'oggetto sociale della Finworld quale condizione di validità delle fideiussioni dalla stessa rilasciate;

e) violazione dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, poiché la mandante SAFAB non avrebbe i requisiti richiesti;

f) le dichiarazioni sostitutive presentate dagli amministratori della S.A.F.A.B. s.p.a., cessati dalla carica nel triennio precedente, sarebbero invalide in quanto accompagnate dalla fotocopia del passaporto di cui non avrebbero potuto avere la disponibilità, in conseguenza della misura cautelare della custodia in carcere emessa nei loro confronti già dall'agosto del 2009;

g) la domanda di partecipazione di SIDIGAS è stata sottoscritta da un amministratore che, al momento della sottoscrizione, non sarebbe stato più il legale rappresentante della società;

h) mancata dimostrazione dei requisiti di capacità finanziaria da parte di SIDIGAS, con riguardo all'anno 2008 il cui bilancio risulta pubblicato dopo la pubblicazione del bando di gara;

i) il certificato di sopralluogo presentato in gara dall'ATI ricorrente non sarebbe conforme a quanto richiesto dal disciplinare, poiché effettuato dal solo delegato SIDIGAS.

5. – All'udienza del 9 giugno 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. – Con il primo motivo del ricorso introduttivo [*supra* punto 2, lettera a)] e dei primi motivi aggiunti [*supra* punto 2, lett. c)], le

ricorrenti contestano la riammissione in gara di FIAMMA 2000, disposta in autotutela dalla commissione di gara. Poiché, tuttavia, le censure sono essenzialmente incentrate sulla violazione della *lex specialis* di gara, e del connesso divieto di disapplicazione della stessa, esse debbono essere esaminate alla luce della soluzione che si adotti in ordine alla fondatezza, o non, del ricorso incidentale proposto da FIAMMA 2000, nella parte in cui ritiene illegittima la clausola del disciplinare di cui le ricorrenti principali chiedono l'applicazione.

6.1. – Il ricorso incidentale appare, sotto questi aspetti, fondato.

Le ricorrenti principali, al fine di sostenere la validità della previsione secondo cui la dichiarazione sostitutiva (di cui al punto A.2. del disciplinare) dovesse essere resa, con i medesimi contenuti e termini, anche dal progettista qualificato indicato in sede di offerta per la redazione del progetto esecutivo dei lavori, richiamano in primo luogo l'art. 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale *“Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione ... gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”*. Secondo una lettura della disposizione, avallata dal parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, *«in caso di progettista indicato dall'impresa ... lo stesso rilascia una auto-dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice) “... di progettisti qualificati da indicare*

*nell'offerta ... “, questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando ... la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico-economici relativi alla progettazione, in quanto l'espressione “progettisti qualificati” può interpretarsi solo in tal senso» (cfr. determinazione n. 5 del 21 maggio 2009).*

Ma l'interpretazione patrocinata dalle società ricorrenti principali non persuade, sia sul piano letterale che su quello logico-giuridico.

Per quanto riguarda l'argomento testuale, secondo cui l'espressione “progettisti qualificati” non sopporterebbe interpretazioni diverse da quella che imponga la loro qualificazione sia per i requisiti generali che per quelli speciali, deve osservarsi (appunto, sul piano letterale) che la stessa disposizione precisa che i “requisiti richiesti per i progettisti” sono quelli previsti, in linea generale, “dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione)”, da indicare nel bando di gara. Pertanto, il contenuto del bando, per questo aspetto, si muove nello spazio segnato dalla norma attraverso il rinvio alle norme generali in tema di qualificazione dei progettisti esterni all'amministrazione aggiudicatrice (articoli 90 e ss. del codice dei contratti pubblici).

Sul piano logico, la soluzione che imponga la dichiarazione dei requisiti di ordine generale (delineati nell'art. 38 del codice) anche al progettista indicato per la progettazione (definitiva o esecutiva), nel caso di appalto integrato o (come nel caso di specie) di concessioni di

lavori, non si concilia con la posizione giuridica del progettista nella vicenda in esame, in cui non assume né il ruolo di partecipante (offerente, concorrente) alla gara, né (in caso di aggiudicazione all'impresa che lo ha indicato in sede di offerta) quello di parte contrattuale (come, peraltro, si riconosce anche nella determinazione dell'Autorità sopra citata).

Si deve ritenere, pertanto, che la disposizione in esame del disciplinare di gara non deriva dal contenuto normativo dell'art. 53, comma 3, cit., ma da una scelta discrezionale dell'amministrazione appaltante.

6.2. - Secondo principi giurisprudenziali noti e consolidati (ma si veda il dato positivo costituito dagli articoli 73 e 74 del codice dei contratti pubblici, i quali, richiamando il principio di proporzionalità quale parametro cui deve attenersi la stazione appaltante nel determinare, in sede di lex specialis di gara, gli «*elementi essenziali*» delle domande di partecipazione e delle offerte, estendono il loro campo di applicazione alla determinazione degli elementi «*necessari o utili per operare la selezione degli operatori da invitare*» [commi 2 e 3 dell'art. 73 cit.], ovvero «*le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione*» [commi 2 e 5 dell'art. 74 cit.]), il potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di determinare le regole della gara e, in specie, di introdurre requisiti di partecipazione alla gara, oggettivi e/o soggettivi, ulteriori e maggiormente selettivi rispetto a quelli stabiliti dalle norme, incontra

il limite del rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza (cfr., riassuntivamente, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305, secondo cui «le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purchè, tuttavia, tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto»; nonché, sez. VI, 30 aprile 2002, n. 2320; sez. V, 1 giugno 2001, n. 2973; sez. VI, 9 maggio 2000, n. 2682).

Nel caso di specie, tali limiti non appaiono rispettati, per le ragioni sopra evidenziate, dalle quali non emerge alcuno specifico interesse dell'amministrazione aggiudicatrice che trovi tutela nella disposizione di *lex specialis* contestata.

6.3. – In definitiva, previo accoglimento del ricorso incidentale nella parte in cui impugna la clausola del disciplinare più volte richiamata, il primo motivo del ricorso introduttivo è infondato.

7. - Anche il secondo motivo [*supra* punto 2, lett. b)] deve essere rigettato, considerato, per un verso, che lo stesso disciplinare di gara prevedeva la valutazione dei prezzi unitari in sede di attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica (cfr. par. 2, punto B2 dei criteri di valutazione, ai sensi del quale “*verrà valutata l'organicità e la coerenza ... dei prezzi proposti ai prezzi di riferimento ufficiali ...*”); e, per altro verso,

il medesimo disciplinare indicava come criterio per la valutazione dell'offerta economica unicamente il *“canone annuale di concessione che il Concessionario offre al Concedente”*.

Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, non può ritenersi inciso il principio che afferma la necessaria segretezza del contenuto dell'offerta economica, nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, proprio perché nel caso di specie l'elemento decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica non era rappresentato dal costo dei lavori oggetto della concessione (elemento su cui avrebbe potuto influire la conoscenza dei prezzi unitari) ma esclusivamente dall'aggio offerto.

8. - Conseguentemente è infondata anche la censura di illegittimità derivata dedotta con i primi motivi aggiunti.

9. – Quanto ai secondi motivi aggiunti, essi sono incentrati, in primo luogo, sulla violazione del divieto imposto dall'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000, norma che impedisce la partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale *“delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica.”*

Ad avviso delle ricorrenti, Fiamma 2000 sarebbe stata affidataria diretta del servizio di distribuzione del GPL presso il Comune di

Sedilo, a seguito della deliberazione del Consiglio Comunale n. 153 del 29 settembre 1999. Servizio che attualmente sarebbe gestito dalla Sarda Reti Gas s.r.l., società controllata da Fiamma 2000.

9.1. - Il motivo è fondato.

Dalla documentazione in atti, e in particolare dalle deliberazioni del Consiglio Comunale di Sedilo n. 34 del 29 luglio 1999 e n. 153 del 29 settembre 1999, emerge in primo luogo come l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del GPL non sia stato preceduto da alcuna procedura di evidenza pubblica, ma solo da un esame comparativo di tre proposte progettuali fatte pervenire al Comune da tre diverse imprese.

L'affidamento del servizio, pertanto, è avvenuto in contrasto con quei principi di pubblicità, di non discriminazione e di libertà di stabilimento delle imprese, derivanti dal diritto comunitario (di cui agli attuali articoli 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'U.E., ex artt. 43 e 49 del Trattato C.E.), oltre che dalla disciplina in materia di contratti pubblici, che debbono necessariamente essere applicati anche alle concessioni di pubblici servizi, come è stato più volte affermato anche dal Consiglio di Stato (si veda, per tutte, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213, che ha sul punto confermato una pronuncia di questo TAR riguardante proprio una controversia in cui si dibatteva sull'affidamento a trattativa privata della concessione di progettazione, costruzione e gestione della rete urbana di distribuzione del gas del Comune di Portotorres, nella quale

conclusivamente si afferma *“di dover ribadire il proprio orientamento secondo il quale le "circostanze speciali" che, ai sensi dell'articolo 267 del citato r.d. n. 1175 del 1931, consentono di dare in concessione pubblici servizi a trattativa privata non possono essere quelle connesse alla mera presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento come prospettato dall'Autorità procedente. Diversamente opinando l'Amministrazione verrebbe ad operare la scelta del concessionario non basandosi sull'offerta più confacente, sul piano tecnico-economico, all'interesse pubblico, ma solo sulla base di propri apprezzamenti soggettivi e al di fuori di ogni confronto concorrenziale di mercato. Pertanto, la norma va interpretata in senso restrittiva e conforme all'attuale orientamento del legislatore, inteso a privilegiare il confronto concorrenziale tutte le volte in cui non vi ostino fatti oggettivamente impeditivi, con la conseguenza che, non diversamente dalle ipotesi di appalti di lavori o di servizi, anche nel caso di concessione di pubblici servizi il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto in limiti ristretti e coincidenti con l'impossibilità, per la pubblica amministrazione, di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere, ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 1999, n. 546).”*

Si tratta, dunque, di affidamento diretto che ricade nell'ambito del divieto di partecipazione previsto dall'art. 14, comma 5, cit., in applicazione del quale Fiamma 2000 (società controllante dell'attuale concessionaria Sarda Reti Gas s.r.l.) avrebbe dovuto essere esclusa

dalla procedura di gara di cui trattasi.

10. - La riscontrata fondatezza dei motivi aggiunti, impone di passare alla trattazione del ricorso incidentale, nella parte in cui impugna l'atto di ammissione alla procedura di gara della costituenda A.T.I. SIDIGAS – SAFAB.

11. – Tra i motivi dedotti in via incidentale, con quello riassunto *supra* al par. 4, lett. a), Fiamma 2000 lamenta che la costituenda ATI SIDIGAS non sia stata esclusa dalla procedura di gara, considerato che nei confronti della mandante S.A.F.A.B. s.p.a. è stata adottata dal Prefetto di Roma (con provvedimento del 25 novembre 2009) una interdittiva antimafia, per la sussistenza del pericolo di infiltrazioni mafiose.

11.1. - In linea di fatto, la circostanza è ammessa dalle ricorrenti principali, che così riassumono la vicenda: “In data 25 novembre 2009, a seguito di esplicita richiesta da parte di Siciliacque S.p.A., la Prefettura di Roma emetteva il provvedimento prot. n. 91575, con il quale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 10 D.P.R. 252/1998, veniva segnalata alla Committente la sussistenza di elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa all'interno di S.A.F.A.B. S.p.A.” (cfr. pag. 6 della memoria conclusiva depositata il 3 giugno 2010).

11.2. - E' altresì accertata la attuale efficacia della richiamata informativa prefettizia, per la semplice ragione che l'ordinanza del Consiglio di Stato (sez. V, 17 marzo 2010, n. 1239/2010), che ha concesso la misura cautelare, ha limitato gli effetti sospensivi ad un

periodo di quindici giorni (decorrenti dal 17 marzo 2010, dunque ampiamente scaduti).

11.3. - Il motivo è tuttavia infondato, nei termini che seguono, quanto alla conseguenza che dall'efficacia della predetta informativa trae la ricorrente incidentale, vale a dire la necessaria esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla costituenda ATI SIDIGAS.

Va, infatti, in primo luogo precisato che, come esattamente replicato sul punto dalla difesa delle ricorrenti principali, l'art. 12, comma 1, del D.P.R. n. 252/1998, nell'ipotesi in cui *“taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7, interess(i) un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese”* prevede che tali situazioni *“non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori.”*

Nel caso di specie, inoltre, potrà trovare applicazione l'art. 37, comma 19, del codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006), che, a seguito delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 113/2007, ha consentito, in via generale, l'esecuzione dell'appalto da parte del mandatario dotato di idonea qualificazione nel caso in cui nei confronti di una o più mandanti siano state adottate informative interdittive secondo la normativa antimafia.

Spetterà, conseguentemente, all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di rinnovazione del procedimento di gara (per la veduta, necessaria esclusione dell'aggiudicataria Fiamma 2000), invitare la

mandataria SIDIGAS ad indicare la nuova impresa che subentrerà in qualità di mandante, ovvero ad assumersi direttamente l'esecuzione degli obblighi discendenti dalla concessione di cui trattasi. E' di tutta evidenza (si veda anche quanto prevedono gli articoli 51 e 113 del codice dei contratti pubblici) come nei confronti della eventuale mandante subentrante l'amministrazione debba comunque procedere ad accertare la sussistenza dei requisiti di ordine generale e dei requisiti speciali e di qualificazione, necessari o previsti dal bando; così come sarà compito dell'amministrazione accertare il possesso dei requisiti di qualificazione anche nei confronti della stessa SIDIGAS, ove decidesse di eseguire direttamente quanto previsto dalla concessione.

12. – Con i motivi di cui alle lettere b), c) e d), del ricorso incidentale (*supra* al par. 4), Fiamma 2000 deduce vizi di legittimità attinenti alla cauzione provvisoria presentata in gara dall'ATI SIDIGAS.

12.1. – I motivi debbono essere respinti.

12.2. - Quanto alla circostanza che la polizza rilasciata dall'intermediario finanziario Finworld s.p.a. non sia stata corredata dalla copia dell'autorizzazione ministeriale, è sufficiente osservare come in calce al documento contenente l'atto di fideiussione, presente in atti, è citata sia *"l'iscrizione ... n° 385 all'Elenco Speciale ex art. 107 D.Lgs 1/9/93 tenuto da Banca d'Italia"* sia *"l'autorizzazione Min. Economia e Finanze n° 39248 del 15/4/2005 per la prestazione di garanzie per i contratti pubblici"*; e questi dati, in assenza di alcun obbligo di

produrre copia delle medesime autorizzazioni, sono idonei a dimostrare la sussistenza di tali condizioni di legge.

12.3. – Con riferimento al dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria per il possesso della certificazione di qualità, si tratta di stabilire innanzitutto quale avrebbe dovuto essere l'oggetto di tale certificazione. Come risulterà (anche) con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, in tema di requisiti del concessionario, la costituenda ATI SIDIGAS nella gara in esame si è impegnata ad assumere, in caso di aggiudicazione definitiva, la conformazione di associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale; e, muovendo dal presupposto di non poter dimostrare (quantomeno per entrambe le imprese del costituendo raggruppamento) il pregresso svolgimento di servizi affini a quello previsto dalla concessione in esame, ha dichiarato il possesso di requisiti di carattere economico-finanziario nella misura consentita dal comma 2 dell'art. 98 cit. .

Il discorso ha un evidente riflesso anche sul piano della certificazione di qualità, la quale non può che avere ad oggetto il sistema aziendale e l'attività economica svolta dall'impresa, secondo la sua attuale articolazione (e non, quindi, la futura attività da svolgere in esecuzione degli obblighi previsti dalla concessione del cui affidamento si tratta, qualora le norme, come nella fattispecie in esame, consentano di concorrere anche alle imprese che non dimostrino esperienza specifica [anche] nel servizio oggetto

dell'affidamento). Nel caso di specie la S.A.F.A.B. s.p.a., essendo in possesso della sola certificazione relativa ai lavori, non poteva che far valere tale attestazione.

In questo senso, si deve considerare corretta la valutazione della commissione di gara, che ha ritenuto ammissibile ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria, le certificazioni di qualità presentate dalle due società.

12.4. – Ne deriva che non possono essere condivisi nemmeno i rilievi formulati dalla ricorrente incidentale in ordine alla mancanza, nell'oggetto sociale della S.A.F.A.B. s.p.a., dell'attività di distribuzione del gas; e alla conseguente invalidità della domanda di partecipazione, in quanto gli amministratori della società non avrebbero potuto assumere un impegno di questa portata.

12.5. – Non coglie nel segno nemmeno la censura di invalidità della cauzione provvisoria per la violazione delle disposizioni statutarie sull'oggetto sociale della Finworld s.p.a., considerato che ai sensi dell'articolo 2384, secondo comma, del cod. civ., *«Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società»*. Prova che - con riferimento al tempo della conclusione del negozio *ultra vires* - non risulta fornita dalla ricorrente incidentale.

13. – Con riguardo alla violazione dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999 [di cui alla lettera e), *supra* par. 4], si è già accennato alla circostanza

che la norma dettata in tema di requisiti del concessionario consente alle imprese prive del requisito di esperienza gestionale specifica in servizi affini, di dimostrare, in alternativa, il possesso dei requisiti economico-finanziari nella misura fissata dal bando di gara, compresa fra il doppio e il triplo di quanto indicato dalle lettere a) e b) dell'art. 98 cit. . Facoltà che nel caso di specie è stata esercitata dall'ATI SIDIGAS – S.A.F.A.B. s.p.a. .

Il motivo è pertanto da respingere.

14. – Il motivo con il quale si deduce l'inefficacia delle dichiarazioni sostitutive presentate in gara dagli amministratori della S.A.F.A.B. s.p.a., cessati dalla carica nel triennio precedente, è da ritenere infondato in fatto, posto che - anche alla luce delle considerazioni formulate dalla difesa dell'ATI SIDIGAS (la quale sottolinea che alla data di presentazione della domanda di partecipazione le misure cautelari nei confronti degli ex amministratori erano già state revocate), la circostanza della indisponibilità del passaporto non risulta provata.

15. – Anche la doglianza, di cui alla lettera g) del par. 4, è infondata, considerato l'effetto di prorogatio nelle cariche sociali previsto dall'art. 2385, secondo comma, del cod. civ. («*La cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito*»).

16. – Va respinta anche la denunciata violazione della *lex specialis* di gara, in punto di requisiti di capacità finanziaria da parte di SIDIGAS,

con riguardo al fatturato per l'anno 2008, il cui bilancio risulta depositato al registro delle imprese dopo la pubblicazione del bando di gara. E' sufficiente osservare, infatti, che ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui trattasi, è irrilevante la data del deposito del bilancio all'ufficio delle imprese. Ciò che rileva è l'approvazione del bilancio da parte degli organi sociali; e sul punto la censura tace.

17. – Infine, è infondata anche la censura di violazione del disciplinare di gara, in relazione al certificato di sopralluogo effettuato dal solo delegato della SIDIGAS. La clausola [cfr. punto A.10) del disciplinare], prevista a pena di esclusione, non prevedeva espressamente la necessità di produrre un certificato di avvenuto sopralluogo per ognuna delle imprese associate o associate. Pertanto, in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalla *lex specialis*, frutto di consolidati orientamenti giurisprudenziali (da ultimo, per tutte, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2010, n. 1652, ed ivi ulteriori richiami a giurisprudenza conforme), la clausola invocata non può essere estesa al caso in esame.

18. – In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto, per la riscontrata fondatezza dei motivi aggiunti (*supra, sub par. 9*), mentre il ricorso incidentale va rigettato nella parte in cui impugna l'ammissione dell'ATI SIDIGAS.

Dall'accoglimento del ricorso principale derivano, altresì, le seguenti

conseguenze:

- sul piano processuale, l'assorbimento delle censure proposte da ATI SIDIGAS avverso la valutazione delle offerte tecniche;

- sul piano sostanziale, la necessità per l'amministrazione di riprendere e concludere il procedimento di gara secondo le indicazioni ricavabili al precedente par. 9. Vale a dire, invitare la mandataria SIDIGAS ad indicare la nuova impresa che subentrerà in qualità di mandante in luogo della S.A.F.A.B. s.p.a., ovvero ad assumersi direttamente l'esecuzione degli obblighi discendenti dalla concessione di cui trattasi; accertare, nei confronti della eventuale mandante subentrante, la sussistenza dei requisiti di ordine generale e dei requisiti speciali e di qualificazione, necessari o previsti dal bando; così come sarà compito dell'amministrazione accertare il possesso dei requisiti di qualificazione anche nei confronti della stessa SIDIGAS, ove decidesse di eseguire direttamente quanto previsto dalla concessione.

19. - Le spese di lite possono essere compensate tra le parti, considerata (per quanto concerne il rapporto tra ricorrenti principali e amministrazioni resistenti) la complessità della vicenda amministrativa; e la reciproca parziale soccombenza, per ciò che riguarda il rapporto tra ricorrenti principali e ricorrente incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe e, per l'effetto, annulla la determinazione n. 03/10

del 18 gennaio 2010, del Responsabile Unico del Procedimento dell'Organismo di Bacino n° 20, avente per oggetto l'aggiudicazione alla Fiamma 2000 s.p.a. della concessione per la realizzazione della rete del gas dei centri abitati dei Comuni appartenenti al Bacino 20.

Accoglie in parte il ricorso incidentale, nei sensi di cui in motivazione; e nel resto lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

