

N. 00091/2015 REG.PROV.COLL.  
N. 01076/2011 REG.RIC.

l o g o

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 il Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1076 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

IMPRESA LIS S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Patrizia Polliotto, Marco Salina, Luca Griselli, con domicilio eletto presso Patrizia Polliotto in Torino, Via Roma, 366;

*contro*

COMUNE DI PREMIA, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Mariotti, con domicilio eletto presso Simona Rostagno in Torino, corso Re Umberto, 75;

*nei confronti di*

S.I.F.T. S.R.L. - SOCIETÀ IDROELETTRICA FIUME TOCE, rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta Mariotti, con domicilio eletto presso Simona Rostagno in Torino, corso Re Umberto, 75;

HYDRO CO-VER S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Enzo Robaldo, Anteo Massone, Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso Enzo Robaldo in Milano, Via Pietro Mascagni, 24;

*per l'annullamento*

- del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara

indetta dal Comune di Premio per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce – opere elettromeccaniche", adottato dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 05.09.2011 e comunicato all'esponente con successiva nota del Presidente della Commissione prot. 3354 in data 08.09.2011;

- della contestuale aggiudicazione provvisoria della gara alla Hydro CO-VER s.r.l.;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove già intervenuto e del contratto (di cui si chiede la declaratoria di inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a.), ove già stipulato;

nonché, nei termini e nei limiti precisati in ricorso:

- del bando di gara (pubblicato in data 11.07.2011) e del disciplinare;

- della determinazione n. 15 in data 11.07.2011, con cui è stata bandita la gara;

- della determinazione n. 21 del 13.08.2011, di nomina della Commissione giudicatrice;

- della c.d. "FAQ – *Frequently asked questions*", e cioè le risposte della stazione appaltante ai quesiti formulati dai concorrenti in fase di gara;

- dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché con i motivi aggiunti depositati in data 19.10.2011, per l'annullamento, previa sospensione e con richiesta di risarcimento del danno,

- del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara indetta dal Comune di Premio per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce – opere elettromeccaniche" e della contestuale aggiudicazione provvisoria della gara alla Hydro CO-VER s.r.l., ora divenuta definitiva per decorso del termine di cui all'art. 12 co. 1 d.lvo 163/2006;

- della nota del Comune di Premia prot. n. 3771 del 4.10.2011;
- del verbale di ammissione con riserva del 18.08.2011;
- di tutti gli ulteriori atti già impugnati nell'ambito del ricorso principale, ivi compresa la *lex specialis* di gara nella parte relativa all'avvalimento e per l'ipotesi subordinata che sarà specificata;  
nonchè con i motivi aggiunti depositati in data 16.01.2012, per l'annullamento,
- della determinazione n. 27 del 28.10.2011, ricevuta dall'esponente Società il successivo 14 dicembre, in allegato alla nota prot. 4702 del 02.12.2011, con cui il Comune di Premia ha disposto a favore della controinteressata Hydro CO-VER s.r.l. l'aggiudicazione definitiva dei "lavori di realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce - opere elettromeccaniche";
- di tutti gli ulteriori atti già impugnati nell'ambito del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti notificati alle controparti il 17.10.2011;  
nonchè con i motivi aggiunti depositati in data 12 aprile 2012, per l'annullamento,
- della nota prot. n. 862 del 02.03.2012, con cui il Comune di Premia, nell'ambito della gara indetta per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce - opere elettromeccaniche", ha segnalato l'esponente Società all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, per i provvedimenti sanzionatori conseguenti, imputando ad essa di aver reso false dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti tecnici di partecipazione;
- della nota prot. n. 868 del 02.03.2012, con cui il Comune di Premia ha comunicato l'escussione della cauzione provvisoria che l'esponente Società aveva prestato per la partecipazione alla gara di cui sopra;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Premia, di S.I.F.T.

S.r.l. – Società Idroelettrica Fiume Toce e di Hydro Co-Ver S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Hydro Co-Ver S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Anteo Massone, Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Enzo Robaldo in Milano, Via Pietro Mascagni, 24;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con bando pubblicato in data 11 luglio 2011 il Comune di Premia (VB) ha indetto una gara pubblica per l'affidamento dei *“lavori di realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce- Opere elettromeccaniche”*, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con un importo a base d'asta stabilito in complessivi euro 1.750.400,00.

Alla procedura hanno partecipato due sole imprese: l'Impresa Lis s.r.l., collocatasi al primo posto della graduatoria definitiva, con il punteggio totale di 97,50; la Hydro Co-Ver s.r.l., piazzatasi al secondo posto con il punteggio totale di 71,94. La gara veniva pertanto aggiudicata provvisoriamente all'Impresa Lis.

Successivamente, tuttavia, nello sciogliere una precedente riserva, la commissione di gara – con verbale di valutazione del 5 settembre 2011 – ha rilevato, in capo all'aggiudicataria provvisoria, la *“mancanza del requisito di capacità tecnica richiesto dal punto 2.3. lettera d)- parte prima del disciplinare di gara”* (ossia: *“aver realizzato nell'ultimo triennio turbine Kaplan 'esse' biregolanti o tubolari biregolanti di potenza uguale o maggiori di 0,75 MW ciascuna, il più possibile simili a quella offerta, per salto, portata e configurazione d'impianto”*), e la ha pertanto

esclusa dalla gara, con contestuale revoca dell'aggiudicazione provvisoria e nuova aggiudicazione (provvisoria) alla seconda classificata, Hydro Co-Ver s.r.l.

Non ritenendo legittimo siffatto esito, l'Impresa Lis ha impugnato dinnanzi a questo TAR l'atto di esclusione, insieme al bando ed al disciplinare di gara, alla determinazione di nomina della commissione di gara, alle c.d. FAQ ("*Frequently asked questions*", predisposte dalla stazione appaltante come risposta ai quesiti formulati dai concorrenti in fase di gara) ed ai verbali tutti delle sedute della commissione medesima. Degli atti impugnati è stato chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare, con contestuale richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.

Questi, in sintesi, i vizi sollevati con il ricorso introduttivo:

- violazione dell'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare: ciò in quanto le turbine "Kaplan biregolanti" realizzate nel triennio 2008-2011 dalla ditta Andino Hydropower Engineering s.r.l., ausiliaria dell'Impresa Lis per il requisito in questione, sarebbero sostanzialmente analoghe a quella oggetto di gara, "con la sola differenza di configurazione che è propria delle Kaplan tubolari" e che però sarebbe "del tutto irrilevante" in termini di capacità tecnica del costruttore;
- violazione del bando di gara il quale non aveva affatto previsto il requisito di capacità tecnica imposto dal disciplinare, essendosi limitato a chiedere che i concorrenti avessero "*realizzato e messo in servizio con esito positivo negli ultimi 3 anni almeno un impianto di potenza uguale o superiore a quello previsto nel bando di gara*" (così l'art. III.2.1.4);
- violazione dell'art. 60, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 (nonché dell'art. 8 del disciplinare) in quanto negli appalti pubblici di lavori il possesso dell'attestazione di qualificazione costituirebbe condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di

capacità tecnica;

- violazione dell'art. 42 d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto la stazione appaltante, nell'imporre un requisito di esperienza non corrispondente a nessuno di quelli elencati dall'invocata norma, sarebbe fuoriuscita dalla discrezionalità sua propria, con ciò determinando anche "un'ingiustificata restrizione della concorrenza a vantaggio di un ristrettissimo numero di operatori economici";

- violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006; incompetenza: la revoca dell'aggiudicazione sarebbe spettata, secondo la ricorrente, alla stazione appaltante (e, per essa, al responsabile del procedimento) e non alla commissione;

- violazione delle regole sulla composizione della commissione di gara, soprattutto con riguardo alla parte del verbale della seduta di gara del 18 agosto 2011 in cui è scritto che "*i commissari procedono all'assegnazione dei punteggi relativi agli elementi di tipo qualitativo, mentre si dà atto che il Presidente si asterrà dalle valutazioni di carattere strettamente tecnico*": con ciò risulterebbe violato sia l'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto risulterebbe ammesso che un membro della commissione non era in possesso delle necessarie competenze tecniche, sia il principio di collegialità della valutazione tecnica delle offerte, sia il principio che impone che i componenti di un collegio amministrativo siano sempre in numero dispari. Riguardo, poi, agli altri due commissari diversi dal presidente, la loro scelta non avrebbe rispettato i criteri dettati dall'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006;

- violazione del principio di pubblicità delle sedute, in quanto le buste contenenti le offerte tecniche sono state aperte in seduta riservata (così come risulta dal verbale della seduta del 18 agosto 2011), con richiamo alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 2011.

2. Si sono costituiti in giudizio sia la controinteressata Hydro Co-Ver s.r.l.,

sia il Comune di Premia, quest'ultimo in persona del Sindaco *pro tempore*, entrambi depositando documenti e concludendo per il rigetto delle avversarie pretese, previa corposa e lunga disamina, nel merito, delle censure di cui al ricorso introduttivo.

La controinteressata ha anche preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, evidenziando che i lavori oggetto di appalto riguardano “la realizzazione delle opere elettromeccaniche relative al costruendo impianto idroelettrico sul fiume Toce”, opera avente “una diretta attinenza alla corretta e regolare gestione del demanio idrico [...] con conseguente obbligatoria devoluzione della controversia al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, ai sensi dell’art. 143, comma 1, lett. a) del T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775”.

Si è altresì costituita in giudizio la SIFT- Società Idroelettrica Fiume Toce s.r.l., in persona del proprio amministratore unico *pro tempore*, in quanto ente titolare dell’autorizzazione unica (rilasciata dalla Provincia del Verbano Cusio Ossola) per la costruzione e per l’esercizio di impianto idroelettrico con derivazione d’acqua dello scarico della centrale ENEL di Cadarese, ai sensi dell’art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003.

3. Con ricorso incidentale depositato il 10 ottobre 2011 la Hydro Co-Ver s.r.l. ha a propria volta impugnato il provvedimento di ammissione in gara dell’Impresa Lis insieme al “chiarimento” reso in corso di gara dalla stazione appaltante in base al quale si ammetteva l’avvalimento per il requisito di cui all’art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare.

Questi, in sintesi, i motivi del ricorso incidentale:

- violazione dell’art. 4, lett. *a.1*, del disciplinare il quale avrebbe ammesso l’avvalimento solo “*per il requisito di cui al precedente Capo 2.3, lett. a)*”, ossia solo con riferimento al possesso di attestazione SOA per la categoria OG09 in classifica IV, e non anche per il requisito di capacità tecnica di cui all’art. 2.3, lett. *d*, del medesimo disciplinare;

- violazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto il contratto di avvalimento con la ditta Andino (prodotto dalla ricorrente principale) avrebbe un contenuto "assolutamente generico" e privo "del necessario riferimento alle specifiche risorse oggetto di avvalimento";

- violazione delle norme di cui al d.P.R. n. 445 del 2000, con riguardo alle dichiarazioni rese dal sig. Kurt Bremen (legale rappresentante della ditta Andino) in ordine al possesso dei requisiti generali dell'impresa ausiliaria: tali dichiarazioni, recanti la sottoscrizione del sig. Bremen e la fotocopia del passaporto di quest'ultimo rilasciato dalla Svizzera, avrebbero dovuto essere corredate, a norma dell'art. 3, comma 4, del d.P.R. n. 445 del 2000, da certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'autorità consolare italiana che ne attestasse la conformità all'originale.

4. Con motivi aggiunti depositati il 19 ottobre 2011 la ricorrente principale ha impugnato la sopravvenuta nota del Comune di Premia, prot. n. 3771 del 4 ottobre 2011, a firma del Segretario comunale, con la quale l'amministrazione – nel riscontrare la "falsa dichiarazione", resa dall'Impresa Lis nella domanda di partecipazione alla gara, in ordine all'avvalimento della ditta Andino per il requisito di capacità tecnica di cui all'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare – ha preannunziato la propria intenzione di effettuare le dovute comunicazioni all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, e di procedere all'escussione della cauzione provvisoria.

Questo nuovo atto è stato censurato sia per illegittimità derivata sia per autonomi vizi, così riassumibili:

- incompetenza del Segretario comunale;

- carenza di istruttoria ed erronea individuazione del destinatario della nota (che avrebbe dovuto essere l'impresa ausiliaria Andino e non la medesima



ricorrente principale);

- violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006: la cauzione provvisoria, nella specie, non potrebbe essere legittimamente escussa perché quello *ex art. 2.3, lett. d*, del disciplinare non sarebbe un requisito "minimo" di partecipazione;

- violazione dell'art. 45, comma 2, lett. *g*, dell'(allora vigente) direttiva n. 2004/18/CE: la falsità contestata dall'amministrazione non sarebbe "grave" ai sensi dell'invocata disposizione comunitaria, con la conseguenza che l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 non sarebbe automatica rispetto al provvedimento di esclusione, ma andrebbe valutata comunque la buona fede dell'impresa.

Col medesimo atto la ricorrente principale ha anche impugnato il bando di gara, laddove interpretato nel senso di limitare l'ambito di operatività dell'avvalimento solo "*per il requisito di cui al precedente Capo 2.3, lett. a*)" (come ritenuto dalla ricorrente incidentale nel suo primo motivo di impugnazione), posto che tale limitazione si porrebbe in contrasto con i principi comunitari che non ammettono, per l'operatività dell'istituto, alcuna limitazione o restrizione. Infine, essa ha anche impugnato, per illegittimità derivata, il provvedimento di aggiudicazione definitiva ad Hydro Co-Ver s.r.l., qualora nelle more intervenuto.

5. Ne è seguito uno scambio di memorie difensive da parte delle ricorrenti incidentale e principale, nonché del Comune resistente.

Con ordinanza n. 682 del 2011 questo TAR ha respinto la domanda cautelare non ritenendo fondate, ad un primo sommario esame, le censure di parte ricorrente.

Il Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 5220 del 2011, ha respinto l'appello presentato dall'Impresa Lis s.r.l. avverso l'ordinanza cautelare di questo TAR.

6. Con un secondo atto di motivi aggiunti, depositato il 16 gennaio 2012, la ricorrente principale ha impugnato, per illegittimità derivata, l'atto di aggiudicazione definitiva nelle more intervenuto in favore della controinteressata Hydro Co-Ver s.r.l.

Ancora successivamente, in data 2 marzo 2012, il Comune di Premia ha emesso due nuovi atti: la nota prot. n. 862, con la quale ha segnalato l'Impresa Lis all'Autorità di Vigilanza sui Contratti per *“aver attestato fatti e condizioni non corrispondenti a quanto dichiarato in sede di gara”*; ed il provvedimento prot. n. 868, con il quale ha proceduto ad escutere la garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 49, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006. Ne è seguito un nuovo ricorso per motivi aggiunti, depositato in giudizio il 12 aprile 2012, con il quale la ricorrente principale ha impugnato questi ultimi atti sia per illegittimità derivata, sia per violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 e per *“erronea individuazione dei destinatari del provvedimento”*: ciò in quanto, secondo la ricorrente, il requisito tecnico oggetto di controversia essa *“ha sempre dichiarato di non possedere, tanto da aver fatto ricorso all'avvalimento dello stesso presso la Andino Hydropower s.à.r.l.”*, rimanendo fermo *“che è stata Andino a dichiarare il possesso del requisito, e non certo LIS”*. Sono state poi ribadite le censure di cui ai primi motivi aggiunti, concernenti la violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 45, comma 2, lett. g, della direttiva n. 2004/18/CE.

7. Dopo un'ulteriore memoria difensiva depositata dall'amministrazione resistente, in data 21 aprile 2012, con la quale sono state ribadite le argomentazioni difensive già in precedenza spese, in vista della pubblica udienza di discussione tutte le parti hanno depositato nuove memorie difensive, insistendo ciascuna sulle proprie prospettazioni.

In particolare, le parti hanno riferito che, nelle more del giudizio, il contratto di appalto è stato stipulato con la controinteressata Hydro Co-Ver s.r.l. ed è stato quindi integralmente eseguito.

Alla pubblica udienza del 17 dicembre 2014, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. L'impresa ricorrente principale, dopo essere stata dichiarata aggiudicataria di un appalto bandito dal Comune di Premia (VB) per la realizzazione di un impianto idroelettrico sul fiume Toce, è stata poi esclusa dalla gara per la rilevata mancanza di un requisito di capacità tecnica, prescritto dall'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare, ossia *“aver realizzato nell'ultimo triennio turbine Kaplan 'esse' biregolanti o tubolari biregolanti di potenza uguale o maggiori di 0,75 MW ciascuna, il più possibile simili a quella offerta, per salto, portata e configurazione d'impianto”*. In sede di offerta, l'impresa aveva dichiarato di avvalersi, per il requisito in questione, di una diversa ditta rispetto alla quale, tuttavia, la commissione di gara ha rilevato la non conformità degli impianti realizzati rispetto a quelli indicati dalla *lex specialis*.

La controinteressata, nuova aggiudicataria della commessa, ha a propria volta contestato – con apposito ricorso incidentale – l'originario provvedimento di ammissione in gara della ricorrente principale. Con motivi aggiunti, poi, quest'ultima ha anche impugnato i provvedimenti con i quali l'amministrazione, riscontrando la *“falsità”* della dichiarazione prodotta in sede di offerta sul requisito di capacità tecnica, ha effettuato la segnalazione di cui all'art. 49, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 ed ha escusso la garanzia provvisoria.

2. La controinteressata, nella sua prima memoria difensiva, ha eccepito il difetto di giurisdizione di questo Giudice sulla premessa che i lavori oggetto di appalto riguardano *“la realizzazione delle opere elettromeccaniche relative al costruendo impianto idroelettrico sul fiume Toce”*, opera avente *“una diretta attinenza alla corretta e regolare gestione del demanio idrico”*: di conseguenza, la causa spetterebbe alla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, trattandosi di provvedimenti

amministrativi adottati “*in materia di acque pubbliche*”, ai sensi dell’art. 143, comma 1, lett. *a*, del r.d. n. 1775 del 1933.

L’eccezione non è fondata.

Nell’interpretazione dell’art. 143, comma 1, lett. *a*, del r.d. n. 1775 del 1933, a norma del quale sono devolute alla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche “*i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall’amministrazione in materia di acque pubbliche*”, la giurisprudenza della Corte regolatrice – pur intendendo piuttosto estensivamente la “materia delle acque pubbliche” – non afferma la spettanza della giurisdizione al Giudice speciale delle acque per il solo fatto che oggetto del giudizio sia un bene del demanio idrico, essendo comunque necessario che la funzione esercitata dall’amministrazione vada in concreto ad incidere sull’esistente regime delle acque pubbliche (cfr., Corte di cassaz., sez. un., sentt. n. 7074 del 1992, nn. 11274 e 12706 del 1998 e, da ultimo, n. 9149 del 2009; TAR Piemonte, questa II sez., sent. n. 819 del 2013). La giurisprudenza amministrativa, alla luce di questo quadro ricostruttivo, ha quindi condivisibilmente ritenuto che le controversie aventi ad oggetto gli atti di una gara d’appalto di opera idraulica o, comunque, riguardanti corsi e specchi di acqua, le loro rive e le loro sponde rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, poiché non incidono sulla materia e sul regime delle acque pubbliche, se non in via meramente strumentale ed indiretta (cfr., da ultimo, TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, n. 854 del 2011; in precedenza, analogamente, TAR Lazio, Latina, n. 1181 del 2004).

La giurisdizione sulla presente controversia spetta, pertanto, a questo TAR.

3. Nel merito, ragioni logiche ed espositive conducono il Collegio alla prioritaria disamina del ricorso incidentale, proposto dalla controinteressata al fine di ottenere l’esclusione dalla gara della ricorrente principale mediante la contestazione dell’originario provvedimento di sua ammissione.

Tale ricorso incidentale non è fondato.

Non vi è dubbio che l'art. 4, lett. *a*.1, del disciplinare, nella sua formulazione letterale, espressamente consentiva l'avvalimento per il solo requisito di cui all'art. 2.3, lett. *a*, del disciplinare medesimo (ossia con riguardo al possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG09, in classifica IV). Ciò, tuttavia, non conduce alla conclusione che, con riguardo al diverso requisito di cui all'art. 2.3, lett. *d*, l'avvalimento non fosse consentito: va infatti ricordato che, nelle gare pubbliche, quello di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è un istituto di portata generale che deve ritenersi ammesso, senza rilevanti preclusioni, per ogni tipo di requisito tecnico professionale o finanziario, atteso che la sua funzione è garantire la massima partecipazione alle gare consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, in tal modo così agevolando l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e, quindi, la concorrenza fra le imprese (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5057 del 2014; in precedenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, n. 5496 del 2011). Inoltre, nel caso di specie, lo stesso bando di gara, all'art. III.2.3, lett. *d*, aveva consentito l'avvalimento, in via generale e senza alcuna restrizione, per i requisiti di capacità tecnica. E quindi, del tutto coerentemente, la stazione appaltante, nel rispondere ad apposito quesito nell'ambito delle c.d. FAQ (*Frequently Asked Questions*), aveva chiarito che l'avvalimento era da ritenere ammesso anche per il requisito di capacità tecnica di cui all'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare (cfr. la FAQ n. 1, doc. n. 20 del Comune), senza che ciò potesse configurarsi come una modifica o integrazione delle regole di partecipazione alla gara.

Con riguardo al secondo motivo del ricorso incidentale, poi, non può assolutamente dirsi che il contratto di avvalimento stipulato tra la concorrente Impresa Lis e la società Andino fosse generico: in esso infatti è indicato il requisito di capacità tecnica rispetto al quale l'impresa avvalente

si dichiarava priva (*“aver realizzato nell’ultimo triennio turbine Kaplan ‘esse’ biregolanti o tubolari biregolanti di potenza uguale o maggiori di 0,75 MW ciascuna, il più possibile simili a quella offerta per salto, portata e configurazione d’impianto”*) e si legge che l’impresa ausiliaria *“si obbliga a fornire tali requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto”*. Ne deriva che tale contratto era senz’altro idoneo ad assolvere ai requisiti richiesti dall’art. 49, comma 2, lett. *f*, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dall’art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, così consentendo l’utile e corretta partecipazione dell’impresa avvalente alla gara di appalto mediante i requisiti offerti dall’impresa ausiliaria.

Quanto, infine, al terzo motivo del ricorso incidentale, è sufficiente osservare che le contestate dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali sono state rese dal sig. Bremen in qualità di legale rappresentante della ditta Andino che è una società avente sede legale in Archamps, Francia (cfr. doc. n. 6 della ricorrente incidentale *“Allegato D”*): per cui del tutto legittimamente esse sono state rese con le forme di cui al d.P.R. n. 445 del 2000 il quale, a norma del proprio art. 3, comma 1, si applica anche alle persone giuridiche aventi sede legale in uno dei Paesi dell’Unione europea. In ogni caso, trattandosi al più di mera irregolarità di carattere puramente formale, la parte non avrebbe potuto essere esclusa per una simile mancanza, dovendosi nella specie ritenere ammissibile la regolarizzazione delle dichiarazioni presentate, in applicazione del principio del c.d. soccorso istruttorio, ai sensi dell’art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4. Può dunque passarsi alla disamina del merito del ricorso introduttivo e dei secondi motivi aggiunti, con i quali si è contestata la legittimità – rispettivamente – dell’atto di revoca dell’aggiudicazione (già disposta in favore della ricorrente principale) e dell’aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata (quest’ultimo atto è peraltro impugnato solo per illegittimità derivata).

Tali impugnazioni sono in parte non fondate ed in parte inammissibili, come di seguito si esporrà e come già divisato da questo TAR nell'ordinanza cautelare di rigetto (il cui contenuto deve essere qui integrato e confermato).

4.1. Non è anzitutto fondata la censura di incompetenza, argomentata *ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006* (norma che prevede che sia la stazione appaltante, e non la commissione di gara, a procedere all'esclusione del concorrente che non comprovi il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

Il procedimento di verifica delle dichiarazioni rese dai partecipanti di cui al citato art. 48 è finalizzato al controllo successivo sulla veridicità delle attestazioni dei concorrenti in ordine alla sussistenza dei requisiti dichiarati in sede di domanda di partecipazione, ma di per sé non preclude alla commissione aggiudicatrice di escludere immediatamente dalla gara, qualora ne ravvisi gli estremi, quei candidati che, già in base alle dichiarazioni prodotte, risultino privi dei requisiti richiesti (cfr., nello stesso senso, TAR Sardegna, sez. I, n. 1641 del 2007). Ciò, tanto più nelle ipotesi in cui il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza della violazione di determinate prescrizioni, come già rilevato da un consistente filone giurisprudenziale (cfr. TRGA Trentino-Alto Adige, Trento, n. 250 del 2010; TAR Liguria, sez. II, n. 2897 del 2009). Nel caso di specie, peraltro, nel corso della precedente seduta del 18 agosto 2011, allorquando si era proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente principale, la commissione l'aveva ammessa in gara solo "*con riserva*", in attesa di ricevere la documentazione necessaria a valutare il possesso del requisito tecnico di che trattasi. La successiva decisione di non ammettere l'impresa in gara, e quindi di revocarle l'aggiudicazione provvisoria, pertanto, rappresentava solo lo scioglimento della precedente riserva e si iscriveva idealmente nel procedimento di verifica dei requisiti di

partecipazione che la commissione istituzionalmente è tenuta a svolgere.

4.2. Nel merito delle censure di natura sostanziale di cui al ricorso principale, aspetto centrale è la mancata dimostrazione, da parte della ricorrente principale, del possesso del requisito di capacità tecnica imposto dall'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare.

Con il primo motivo, invero, la ricorrente ha contestato proprio la violazione di suddetta clausola del disciplinare in quanto, a suo parere, le turbine realizzate dalla società ausiliaria nel triennio di riferimento sarebbero “analoghe” a quelle oggetto del contratto. Ma così non è: nel provvedimento di revoca dell'aggiudicazione si legge che gli impianti realizzati dall'impresa ausiliaria, pur classificabili come turbine “Kaplan”, erano “*non di tipo 'S' o tubolare*”, laddove, in base alla *lex specialis* di gara, le turbine avrebbero dovuto corrispondere al tipo “*Kaplan 'esse' biregolanti o tubolari biregolanti*”: l'assenza della caratteristica tecnica ad “*esse*” o “*tubolare*”, pacificamente ammessa dalla stessa ricorrente principale, non poteva quindi che condurre alla sua esclusione dalla gara, in stretta applicazione della *lex specialis*. Né può giovare, alla ricorrente principale, l'ulteriore clausola di cui al ridetto art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare, laddove si ammettevano come rilevanti quelle turbine che fossero “*il più possibile simili a quella offerta*”: tale similarità poteva infatti apprezzarsi unicamente “*per salto, portata e configurazione d'impianto*”, ma non anche per tipologia di turbina Kaplan.

Né può dirsi (secondo motivo) che la *lex specialis* non avesse previsto il requisito di capacità tecnica del quale si discute. Il bando, in effetti, aveva stabilito che le dichiarazioni sostitutive delle imprese partecipanti avrebbero dovuto, tra l'altro, attestare “*Di aver realizzato e messo in servizio con esito positivo negli ultimi 3 anni almeno un impianto di potenza uguale o superiore a quello previsto nel bando di gara*”, senza nulla specificare in ordine al “tipo” delle turbine utilizzate; mentre è stato poi l'art. 2.3, lett. *d*, del disciplinare a prevedere la corrispondenza delle turbine utilizzate nel triennio di riferimento al tipo



“Kaplan ‘esse’ biregolanti o tubolari biregolanti?”. Tuttavia, non è nella specie ravvisabile alcun contrasto tra il bando ed il disciplinare: il bando, invero, all’art. V.3, lett. k, aveva espressamente fatto salve “Ogni informazione, specificazione, modalità di presentazione della documentazione per l’ammissione dell’offerta, modalità di aggiudicazione, indicate nel disciplinare di gara”, definito come “parte integrante e sostanziale del presente bando”. Quindi la specificazione del disciplinare in ordine al “tipo” delle turbine Kaplan realizzate nel triennio di riferimento, lungi dal mostrarsi una previsione in contrasto con il bando, entrava invece a far parte, a pieno titolo, dei requisiti di capacità tecnica che erano richiesti alle imprese partecipanti, proprio in base al rinvio di cui al medesimo bando di gara.

4.3. Non fondato, poi, è complessivamente il terzo motivo.

Quello di cui si discute presenta i caratteri dell’appalto misto di lavori e di fornitura: alla vera e propria costruzione dell’impianto idroelettrico si affiancava, infatti, la fornitura delle turbine e delle altre apparecchiature necessarie, come è reso evidente dall’art. II.1.4 del bando laddove, nel descrivere la commessa, si parla di “Fornitura, trasporto, montaggio, messa in servizio e collaudo delle apparecchiature elettromeccaniche idrauliche, oleodinamiche per la realizzazione di impianto idroelettrico sul Fiume Toca”. La stessa relazione tecnica al progetto definitivo (doc. n. 17 del Comune) evidenzia la suddivisione dei lavori in quattro gruppi, tra i quali la “Fornitura, posa e messa in servizio componenti elettromeccaniche” e la “Fornitura tubazioni condotta forzata”. Ne deriva la non pertinenza del richiamo all’art. 60, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 norma che, come è noto, nel dettare la regola dell’assorbimento dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria nell’attestazione di qualificazione SOA, si riferisce unicamente agli appalti di lavori pubblici e non anche – evidentemente – agli appalti di fornitura. Stesso ragionamento è da compiere con riferimento all’invocato art. 8 del disciplinare di gara il quale, nel dettare analoga disposizione sulla comprova dei requisiti di cui all’art. 48

d.lgs. n. 163 del 2006 (nel senso che essa “è assorbita dalla verifica del possesso dell’adeguata attestazione S.O.A. in corso di validità”), non poteva che riferirsi esclusivamente alla componente della commessa consistente nei lavori di realizzazione dell’impianto idroelettrico vero e proprio, e non anche alla fornitura delle turbine e delle altre apparecchiature necessarie.

Ciò posto, non è neanche fondata l’ulteriore censura articolata ai sensi dell’art. 42 d.lgs. n. 163 del 2006. In tema la giurisprudenza amministrativa, condivisa dal Collegio, ha affermato che, negli appalti pubblici di servizi e forniture, le stazioni appaltanti sono legittimate a prescrivere requisiti di partecipazione che si sostanziano nel comprovato svolgimento di servizi analoghi a quello che forma l’oggetto della gara, onde conseguire la preventiva dimostrazione in ordine all’affidabilità del concorrente con riguardo alle prestazioni contrattuali: e, nell’individuazione di tali requisiti, esse godono di ampia discrezionalità, con la conseguente possibilità di richiedere che sia dimostrato lo svolgimento di servizi, non solo analoghi, ma anche specificamente identici a quello che forma oggetto della gara, purché tale scelta si appalesi proporzionata rispetto agli scopi perseguiti in concreto (cfr., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 380 del 2014). Si è inoltre ritenuto che possono anche essere prescritti requisiti differenti rispetto a quelli normativamente fissati in ragione della specificità del servizio da appaltare, e ciò anche in vista di una maggior tutela dell’interesse pubblico perseguito, salvo il limite della logica e ragionevolezza di quanto richiesto nonché della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (così TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 2565 del 2011; Cons. Stato, sez. V, n. 5653 del 2009).

Nel caso di specie ci si duole del fatto che il requisito di esperienza richiesto non corrisponde esattamente a nessuno di quelli elencati dall’art. 42 cit.: ma

è evidente che l'interesse della stazione appaltante, a fronte della necessità di realizzare un impianto complesso e connotato da elementi di specificità tecnica, era quello di preconstituire una platea di concorrenti idonea alla fornitura della tipologia di turbina essenziale per il funzionamento dell'intero impianto, e pertanto la sua discrezionalità ben si poteva spingere fino all'individuazione, come requisito di idoneità tecnica, di pregresse forniture analoghe. Né può dirsi che tale scelta fosse irragionevole od incongrua rispetto allo scopo perseguito dalla stazione appaltante: come detto, la turbina rispondente alla tipologia "Kaplan esse" si configurava quale elemento essenziale del progetto, a causa della sua peculiarità consistente nel prelievo dell'acqua direttamente dal canale di scarico della centrale ENEL di Cadarese; aspetto, quest'ultimo, evidenziato nella relazione tecnica al progetto definitivo nella quale si legge, tra l'altro, che *"La turbina è adatta per il funzionamento con le particolari condizioni di regime idrico disponibile sull'impianto dovute alla gestione della centrale di Cadarese"* (doc. n. 17 del Comune, pag. 7). Ed anche il riferimento all'ultimo triennio per la valutazione del requisito tecnico richiesto si giustifica ampiamente con ragioni collegate all'efficienza dell'impianto da realizzare, essendo evidente l'interesse pubblico ad affidare l'appalto ad un soggetto effettivamente operante sul mercato e dotato della necessaria conoscenza delle tecnologie costruttive più moderne ed avanzate.

4.4. Essendo pertanto evidente, da quanto appena detto, che la ricorrente principale non era in grado di comprovare, neanche mediante l'avvalimento con l'impresa Andino, il requisito di esperienza tecnica richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara, ne deriva l'inammissibilità per difetto di interesse delle altre censure di cui al ricorso principale, dirette a contestare le modalità di svolgimento della gara (ora sotto il profilo della composizione della commissione giudicatrice, ora con riguardo alla dedotta violazione del principio di pubblicità delle sedute).

Ed infatti in nessun caso l'eventuale fondatezza di dette censure potrebbe giovare agli interessi della ricorrente, neanche sotto il profilo del c.d. interesse strumentale alla ripetizione della gara: ciò in quanto, come detto, essa non potrebbe risultare ammessa neanche in un'ipotetica nuova gara, in quanto sprovvista di un requisito tecnico richiesto dal bando a pena di esclusione.

5. Può adesso passarsi all'esame dei primi e dei terzi motivi aggiunti. Con essi è stata revocata in dubbio la legittimità degli atti mediante i quali il Comune resistente ha dapprima preannunziato, e dipoi effettuato, l'escussione della cauzione provvisoria originariamente depositata dall'Impresa Lis, ed ha anche compiuto la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, ai sensi dell'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006.

L'impugnazione (primi motivi aggiunti) della nota con la quale il Comune, in persona del segretario comunale, ha preannunziato l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza (nota prot. n. 3771, del 4 ottobre 2011) è inammissibile per difetto di interesse. Si tratta, infatti, solo della manifestazione di un mero intento dell'amministrazione, privo di alcuna portata lesiva attuale per gli interessi della ricorrente. Solo mediante l'effettiva escussione della cauzione ed il compimento della segnalazione all'Autorità – eventi poi accaduti con le successive note prot. n. 862 e n. 868 del 2 marzo 2012, entrambe a firma del Responsabile dell'Ufficio tecnico – può dirsi leso l'interesse azionato dalla ricorrente la quale, difatti, ha provveduto alla rituale impugnazione di questi atti definitivi con i terzi motivi aggiunti.

Questi ultimi, tuttavia, non sono fondati.

Premessa l'infondatezza della censura di illegittimità derivata (per le stesse ragioni già indicate nei precedenti paragrafi dedicati al ricorso introduttivo ed ai secondi motivi aggiunti), analoga diagnosi deve essere compiuta con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sostiene in proposito la ricorrente che non sarebbe ravvisabile, nella specie, alcuna falsità da lei commessa in sede di gara, in quanto essa ha sempre dichiarato di non possedere il requisito tecnico *de quo* tanto da affidarsi all'istituto dell'avvalimento, e che comunque è stata la ditta ausiliaria a dichiarare il possesso del requisito e non certo la ricorrente in prima persona. Tuttavia è sufficiente la lettura dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 per evidenziare la correttezza del comportamento dell'amministrazione: la norma infatti impone alla stazione appaltante, all'esito del controllo sulla prova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e/o tecnico-organizzativa, di procedere all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza allorché “*tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta*”. Nel caso di specie è pacifico che la prova sul possesso del requisito inerente alle turbine Kaplan “esse” (requisito pur dichiarato in sede di gara, ancorché mediante avvalimento) non è stata fornita dall'impresa ricorrente, autrice delle dichiarazioni di gara, a nulla valendo il suo tentativo di depistare la responsabilità accollandola alla ditta ausiliaria. Deve poi ribadirsi che il requisito in questione era senz'altro essenziale per la partecipazione alla gara, in considerazione della peculiarità tecnica dell'impianto da realizzare (cfr. quanto già esposto *supra*, par. n. 4.3): non sono dunque fondati neanche gli ulteriori profili di censura, incentrati sulla violazione ancora dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 (ciò, a prescindere dall'ulteriore questione, di puro diritto, se tale norma davvero imponga l'escussione della cauzione solo in caso di assenza dei requisiti “minimi” di partecipazione, atteso che tale aggettivo non si ritrova nella sua formulazione letterale) e sulla violazione dell'art. 45, comma 2, lett. g, della direttiva n. 2004/18/CE (in quanto la “gravità” delle false dichiarazioni presentate, nella specie, è da considerare *in re ipsa*, proprio perché quello sulla tipologia delle turbine era un elemento essenziale per l'affidamento

dell'appalto).

6. In conclusione, respinto il ricorso incidentale, il ricorso principale introduttivo ed i secondi motivi aggiunti devono essere in parte respinti ed in parte dichiarati inammissibili; i primi motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili; i terzi motivi aggiunti devono essere respinti.

Le spese della controversia devono essere compensate tra le parti, attesa la complessità, in fatto ed in diritto, delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione seconda, definitivamente pronunciando,

- a) respinge il ricorso incidentale;
- b) respinge il ricorso principale introduttivo ed i secondi motivi aggiunti, nella parte indicata in motivazione;
- c) dichiara inammissibili il ricorso principale introduttivo ed i secondi motivi aggiunti, nella parte indicata in motivazione;
- d) dichiara inammissibili i primi motivi aggiunti;
- e) respinge i terzi motivi aggiunti;
- f) compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Antonino Masaracchia, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

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