

Publicato il 04/01/2021

N. 00012/2021 REG.PROV.COLL.

N. 07173/2020 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 il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7173 del 2020, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Vetro', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Francesco Vetrò in Roma, via Luigi Bellotti Bon, 10;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Greco, Pierpaolo Salvatore Pugliano, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Pierpaolo Salvatore Pugliano in Roma, largo Messico 7;

per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del Ministero della Difesa – Comando del Raggruppamento autonomo dell'11 settembre 2020 n. 2578707, con cui è stata aggiudicato alla ditta controinteressata l'appalto per il “Servizio di manutenzione, conduzione e interventi di riparazione degli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico per il periodo 01 luglio 2020 – 30 giugno 2021”, comunicato alla Ricorrente in pari data;

- di ogni altro atto a tale provvedimento presupposto, connesso consequenziale, anche se non conosciuti, ivi compreso l'atto di ammissione della controinteressata alla procedura;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'Amministrazione resistente con l'aggiudicataria e per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto eventualmente stipulato,

previo assenso di idonea misura cautelare ai sensi dell'art. 56 c.p.a.;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato il 21\10\2020:

- del provvedimento del Ministero della Difesa – Comando del Raggruppamento autonomo dell'11 settembre 2020 n. 2578707, con cui è stato aggiudicato alla ditta controinteressata l'appalto per il “Servizio di manutenzione, conduzione e interventi di riparazione degli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico per il periodo 1 luglio 2020 – 30 giugno 2021” in parte qua, ossia nella parte in cui la S.A. ha mantenuto in graduatoria utile (secondo posto) la ricorrente, anziché disporre la sua esclusione; della graduatoria finale, di tutti i verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non cognito –

ivi compreso l'atto di ammissione della ricorrente principale alla procedura – tutti in parte qua, cioè nella parte in cui la S.A. non ha escluso dalla gara la ricorrente principale, anzi l'ha collocata al secondo posto della graduatoria finale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2020 il dott. Fabrizio D'Alessandri, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha impugnato, con il ricorso introduttivo, il provvedimento del Ministero della Difesa dell'11 settembre 2020 n. 2578707 con cui è stata aggiudicato alla società controinteressata l'appalto per il “Servizio di manutenzione, conduzione e interventi di riparazione degli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico per il periodo 01 luglio 2020 – 30 giugno 2021”, a cui la medesima impresa ricorrente aveva partecipato classificandosi seconda nella graduatoria finale.

Oggetto del servizio messo in gara risulta essere “la manutenzione, conduzione e interventi di riparazione degli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico del comprensorio di Palazzo Messe e Asilo Nido – Cecchignola – Roma”, come si evince dal punto 1 della relazione tecnico -illustrativa dell'Amministrazione, che al punto 2, inerente agli interventi di manutenzione, indica che “al fine di garantire la massima affidabilità degli impianti e di assicurare

la necessaria continuità nell'erogazione del servizio, le lavorazioni ... sono essenzialmente formulate per soddisfare le seguenti esigenze: 1. Eseguire un'accurata e approfondita manutenzione programmata di tutte le apparecchiature, materiali e impianti; 2. Avere a disposizione personale tecnico altamente qualificato per interventi d'emergenza in occasione di guasto che, per natura e/o gravità, richiedano l'adozione di tale prassi”.

La medesima relazione tecnico –illustrativa indica nei successivi punti 3, 4, 5, 6 e 7, le prestazioni e servizi inerenti all'impianto di riscaldamento, all'impianto di raffrescamento, all'impianto idrico e alla manutenzione straordinaria dei mesi di aprile e maggio.

Parte ricorrente ha formulato articolati motivi di ricorso, lamentando il mancato possesso da parte dell'impresa aggiudicataria dei requisiti di ammissione, sotto diversi profili e, in particolare, per gli aspetti inerenti alla capacità tecnica richiesta di esperienza pregressa nello specifico settore, alla capacità di assumere il ruolo di terzo responsabile previsto nel capitolato di gara, al possesso della qualifica per “l'attività di installazione e di manutenzione straordinaria di caldaie, caminetti e stufe a biomassa, di sistemi solari fotovoltaici e termici sugli edifici, di sistemi geotermici a bassa entalpia e di pompe di calore”; all'iscrizione al Registro telematico nazionale delle persone e delle imprese certificate per imprese e persone che svolgono attività di installazione, riparazione, manutenzione e smantellamento di apparecchiature contenenti gas fluorurati nonché di controllo e recupero dei gas. Si sono costituite in giudizio il Ministero della Difesa e l'impresa controinteressata, resistendo al giudizio.

L'impresa controinteressata ha proposto ricorso incidentale, volto a censurare, a sua volta, la mancata esclusione della parte ricorrente, per omessa dichiarazione ex art. 80 del codice dei contratti pubblici. Ciò in considerazione della circostanza che l'amministratore e socio unico di una società, oggetto di affitto/comodato

d'azienda nell'anno antecedente la pubblicazione e partecipazione alla gara sarebbe stato sospeso dalla carica di Amministratore per la durata di 12 mesi a decorrere dal 9 luglio 2020, in quanto con ordinanza emessa in data 26.6.2020 dal GIP presso il Tribunale Penale di Roma sarebbe stato disposto nei suoi confronti il divieto temporaneo di esercitare attività imprenditoriale e uffici direttivi di persone giuridiche ed imprese. Tale provvedimento scaturirebbe da un procedimento penale che risalirebbe al 2018 e la ricorrente principale avrebbe dovuto riportare tali circostanze nella propria dichiarazione, così da consentire alla Stazione appaltante di valutare l'incidenza ai fini della prosecuzione alla gara oppure costituissero una causa di esclusione diretta.

Nel ricorso incidentale, inoltre, è stata dedotta l'illegittimità paragrafo 5 del Capitolato Generale d'Oneri qualora venisse inteso come richiedere, ai fini della esperienza pregressa nello specifico settore, lo svolgimento di servizi identici e non analoghi, e del paragrafo 5 del Capitolato Descrittivo e Prestazionale qualora venisse inteso come richiedente il possesso della Certificazione UNI EN ISO 9001 quale requisito di partecipazione e non di esecuzione.

Il contratto è stato stipulato con la ditta controinteressata in data 17 settembre 2020 ed è intervenuta l'immissione nel servizio.

DIRITTO

1) In via preliminare il Collegio ritiene di scrutinare in via prioritaria il ricorso introduttivo, pur in presenza di un ricorso incidentale cosiddetto paralizzante, perché volto a sostenere l'illegittimità della mancata esclusione della ricorrente principale.

Ciò alla luce della circostanza che il ricorso introduttivo si palesa infondato, con conseguentemente, il ricorso incidentale si rivela improcedibile per carenza di interesse.

Infatti, anche se seguito dei principii dettati dalla sentenze della Corte di Giustizia Europea se la fondatezza del ricorso incidentale non può in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale (Corte di Giustizia CE – sentenza 5 aprile 2016 C-689/13, n.C-689/13 e Corte di Giustizia UE, Sez. X, sentenza 5 settembre 2019, C 333/18), l'infondatezza del ricorso principale consente di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 24 dicembre 2020, n. 2592; Consiglio di Stato sez. IV, 10 luglio 2020, n.4431).

2) Parte ricorrente ha lamentato nel ricorso introduttivo l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo al controinteressato e, in particolare, dei requisiti di capacità tecnica e professionale, ai sensi dell'art. 83, comma 6, D.lgs. n. 50/2016.

A quest'ultimo riguardo, il “Capitolato generale d'oneri per la partecipazione alle procedure negoziate sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, indette dal Comando del Raggruppamento Autonomo del Ministero Difesa”, all'art. 5, prevede tra i requisiti di partecipazione la necessità di “esperienza pregressa nello specifico settore di almeno tre anni, per gare di valore (IVA esclusa) superiore ai 40.000 Euro, e almeno un anno, per gare di importo pari o inferiore ai 40.000 Euro, con indicazione dell'attività svolta da riportarsi nel DGUE”.

In tal senso la Stazione appaltante ha chiesto ai partecipanti di fornire l'elenco dei principali servizi/lavori svolti negli ultimi tre anni analoghi a quelli in affidamento.

La medesima parte ricorrente deduce che la procedura di gara era di valore pari a euro 119.647,71 più IVA e, conseguentemente, il requisito di partecipazione era che l'impresa avesse svolto negli ultimi tre anni gare di valore (IVA esclusa) superiore ai 40.000 Euro nello specifico settore oggetto della procedura e che la società aggiudicataria fosse priva di tale requisito.

Quanto a quest'ultima circostanza la parte ricorrente ha rilevato come nel documento di gara unico europeo (DGUE) presentato dalla controinteressata fossero stati dichiarati i seguenti “servizi” (che tali non sono, perché si tratta di lavori pubblici): “Lavori di rifacimento dei magazzini dell'ufficio storico SMD presso il comprensorio militare Via Marsala Roma”, svolti nel 2018 con destinatario il “Ministero della difesa Segretariato Comando del Raggruppamento Autonomo M.D” per un importo di euro 40.616,56; “Lavori di manutenzione degli alloggi presso il comprensorio militare di Via Salaria”, svolti sempre nel 2018 in favore della stessa Amministrazione, per un importo di euro 42.303,40.

Tali affidamenti, sempre secondo parte ricorrente, atterrebbero all'edilizia e, comunque, non sarebbero riconducibili allo “specifico settore” di servizi oggetto della procedura, concerne la “manutenzione, conduzione e interventi di riparazione degli impianti di condizionamento, di riscaldamento”, non potendo quindi soddisfare il suddetto requisito di capacità tecnica.

Il possesso del suddetto requisito non sarebbe, inoltre, nemmeno comprovato dall'elenco delle opere allegato alla nota della controinteressata di riscontro a una successiva richiesta della stazione appaltante che, anch'essa, si riferirebbe a lavori essenzialmente edili.

L'Amministrazione ha replicato che questi ultimi lavori, ulteriori rispetto a quelli suindicati contenuti DGUE, sono i seguenti: - lavori di manutenzione di n. 4 locali da destinarsi ad alloggi ASC presso la caserma Castro Pretorio in Roma - anno 2016; - lavori di manutenzione presso la Sala Riunioni al 5° piano di Palazzo Difesa in Roma – anno 2017.

Tutti questi affidamenti, sebbene riportino un oggetto che possa apparentemente ricondurli esclusivamente a servizi o lavori di edilizia, comprenderebbero in realtà, nel loro insieme, anche Servizi e lavori di installazione e interventi su impianti di

condizionamento, impianti idrici e impianti termici, come si evincerebbe dall'analisi dettagliata dei capitolati tecnici concernenti ciascun affidamento.

Al riguardo, il Collegio rileva che l'art. 5 del Capitolato generale d'oneri, richiamato dal ricorrente, prevede la necessità di un'esperienza triennale nello specifico settore oggetto della procedura per gli affidamenti superiori ai 40.000 euro, ma non prevede espressamente la necessità che siano state svolti servizi di valore superiore ai 40.000 euro.

Il richiamo allo specifico settore deve essere inteso come stesso settore di attività, intendendosi alla stregua di servizi analoghi, quali categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi in gara.

Non è necessario che l'impresa abbia svolto nel triennio prestazioni del medesimo tipo oggetto di appalto, essendo sufficiente che abbia operato nello stesso settore di attività, che nel caso di specie sono gli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico.

Come indicato dalla stazione appaltante, dai capitolati tecnici degli affidamenti svolti, si evince che gli affidamenti eseguiti dalla controinteressata, sebbene in linea di massima idi massima inerenti a lavori edili, prevedono anche l'installazione di impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrici, per cui si può affermare che l'impresa controinteressata abbia operato nello stesso settore di attività.

Da non enfatizzare, inoltre, è la circostanza che l'affidamento messo a gara riguarda strictu senso servizi, mentre gli interventi indicati dalla controinteressata sono inerenti formalmente a in massima parte all'installazione degli impianti, in quanto da un lato l'affidamento di cui è causa riguarda, oltre che la manutenzione e la conduzione degli impianti anche interventi di riparazione, con la necessità di intervenire sugli stessi attenuando la differenza tra l'intervento di fornitura e posa in opera dell'impianto e quello di riparazione, dall'altro, ancorchè l'appalto in esame è orientato maggiormente nel senso della manutenzione e gestione degli

impianti, l'attività di predisposizione, fornitura e posa in opera dell'impianto non può dirsi inerente ad altro settore di attività, dovendo in ogni caso l'impresa che installa gli impianti avere un adeguato know how rispetto al funzionamento degli impianti e svolgendo comunque un'attività specialistica di quel settore, idonea a far maturare un'esperienza tale da renderla idonea all'esecuzione dell'appalto messo in gara.

Inoltre, dal capitolato tecnico si evince come la manutenzione straordinaria, anch'essa oggetto dell'affidamento, riguardi anche la riparazione, i ricambi e/o sostituzioni e/o ripristini, l'esecuzione di lavori complementari aggiuntivi, la revisione e verifica, nonché i collaudi, collaudi, ovverosia operazioni non dissimili da quelle relative all'attività di fornitura e posa in opera degli impianti.

Tali conclusioni sono avvalorate dalla necessità del rispetto dei due principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle clausole di esclusione.

Il primo impone che, anche nella determinazione del medesimo settore imprenditoriale delle prestazioni, venga privilegiata l'interpretazione che soddisfi l'esigenza della massima partecipazione alla procedura di gara, qualora questa sia compatibile, come nel caso di specie, con quella di selezionare un imprenditore qualificato.

Il secondo principio impone di non escludere il concorrente se non per una causa espressamente individuata nella lex specilis di gara e, in particolare, impone alla stazione appaltante di non escludere un concorrente per difformità da un presunto requisito minimo non espressamente stabilito dalla specifica legge di gara (Cons. Stato, Sez. V, sent. 2 dicembre 2019, n. 8255; T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 17/02/2020, n. 257). Né l'esclusione può essere disposta in base a una disposizione di non univoca interpretazione. Nelle gare pubbliche, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non

può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara; ed infatti una siffatta lettura della problematica figura delle cc.dd. 'clausole ambigue' si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione, determinando ex art. 46 comma 1 bis, D.Lgs. n. 163/2006 la sanzione della nullità a carico della clausola in parola (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 12/09/2019, n. 1461).

Ciò rende irrilevante, ai fine del caso di specie, distinguere specificamente il fatturato della controinteressata relativo alle opere edilizie da quello inerente agli interventi sugli impianti di condizionamento, di riscaldamento e idrico. Nessuna previsione indicava in modo espresso e univoco che si dovesse escludere dalla gara il concorrente che non avesse realizzato per il triennio almeno un fatturato di 40.000 euro su detti impianti e, per quanto indicato è acclarato che nel triennio la medesima controinteressata ha svolto attività nello specifico settore oggetto di appalto.

Per completezza, il Collegi rileva come, invece, non rientra nello stesso settore di attività l'affidamento vantato dalla controinteressata relativo agli appalti banditi dal Raggruppamento Autonomo del Ministero della Difesa (RAMDIFE) per gli anni 2018 e 2019 per la “manutenzione, conduzione e interventi di riparazione dell'impianto di bulding automation, dell'impianto elettrico, dell'impianto di diffusione audio, dei sistemi di controllo accessi automatici” presso il Centro Direzionale per il Personale Militare (CDPM) in Roma. Quest'ultimo riguarda infatti degli impianti del tutto diversi da quelli oggetto dell'appalto in esame, ma tale circostanza, per quanto indicato, è irrilevante ai fini del possesso del requisito in capo alla controinteressata.

3) Da rigettare sono, altresì, gli altri motivi del ricorso introduttivo.

Gli stessi, che possono essere scrutinati congiuntamente, si incentrano sull'assenza in capo alla controinteressata di alcuni supposti requisiti di partecipazione, che, al

contrario, quest'ultima e l'Amministrazione ritengono essere requisiti di esecuzione dell'appalto.

I suddetti requisiti sono:

- l'assunzione da parte dell'appaltatore del ruolo di terzo responsabile previsto nel Capitolato descrittivo e prestazionale di gara, anche in considerazione dell'art. 6, comma 8, D.P.R. n. 74/2013, ai sensi del quale “nel caso di impianti termici con potenza nominale al focolare superiore a 350 kW, ferma restando la normativa vigente in materia di appalti pubblici, il terzo responsabile deve essere in possesso di certificazione UNI EN ISO 9001 relativa all'attività di gestione e manutenzione degli impianti termici, o attestazione rilasciata ai sensi del d.P.R. del 5 ottobre 2010, n. 207, nelle categorie OG 11, impianti tecnologici, oppure OS 28”;
- la qualifica per “l'attività di installazione e di manutenzione straordinaria di caldaie, caminetti e stufe a biomassa, di sistemi solari fotovoltaici e termici sugli edifici, di sistemi geotermici a bassa entalpia e di pompe di calore” di cui alle lettere a) b) c) e d) del comma 1 dell'articolo 4 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 22 gennaio 2008, n. 3;
- l'iscrizione al Registro telematico nazionale delle persone e delle imprese certificate per imprese e persone che svolgono attività di installazione, riparazione, manutenzione e smantellamento di apparecchiature contenenti gas fluorurati nonché di controllo e recupero dei gas, ex art. 15 del D.P.R. n. 146 del 16 novembre 2018.

Il Collegio rileva che i requisiti indicati, anche considerando l'assenza di espressa previsione come requisiti di partecipazione nella lex specialis di gara, debbono essere intesi come requisiti di esecuzione del contratto e, quindi, possono essere acquisiti dall'impresa interessata anche successivamente all'aggiudicazione.

Peraltro, infatti, la previsione dell'assunzione del ruolo di terzo responsabile, così come il possesso della qualifica prevista in capo a un dipendente della

controinteressata sono contenute nel Capitolato descrittivo e prestazionale, riferito alla fase esecutiva del contratto. Il possesso dell'iscrizione al Registro telematico nazionale Fgas, allo stesso modo, deve considerarsi requisito da dimostrare in fase di esecuzione e non come condizione per la partecipazione alla gara (ANAC parere n. 30 del 12/03/2015 di precontenzioso n. 157/14/S), in quanto in presenza di norme di settore che prevedono una specifica idoneità per l'esecuzione di determinate prestazioni richieste dall'appalto, quale ad esempio l'iscrizione ad Albi, la richiesta del relativo possesso rileva esclusivamente come requisito da dimostrare in fase di esecuzione e non come condizione per la partecipazione alla gara.

4) Per quanto indicato il ricorso introduttivo deve essere rigettato, mentre il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Stante le specifiche circostanze inerenti il ricorso e la incertezze interpretative inerenti, nel caso di specie, all'identificazione del medesimo settore di attività e alla distinzione tra requisiti di partecipazione e di esecuzione, il Collegio ritiene sussistano gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su quello incidentale, come in epigrafe proposto:

- rigetta il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e i terzi.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2020, con collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Antonella Mangia, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.