



Il concessionario, qualora il bando di gara lo preveda, può affidare a terzi mediante gara anche solo una parte dei lavori strumentali allo svolgimento del servizio che non intende realizzare con la propria organizzazione d'impresa.

L'affidamento a terzi mediante gara trova fondamento nell'art. 1, c. 2, del D. Lgs. n. 50/2016 Codice dei contratti, ed in particolare nella lett. d), secondo la quale "2. Le disposizioni di cui al presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti: d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice" che, secondo la giurisprudenza "ben può comprendere anche l'ipotesi in cui il concessionario di servizi intenda affidare a terzi i lavori oggetto della concessione mista, se questi sono funzionali alla gestione del servizio stesso e inerenti a realizzare lavori comunque destinati a diventare di proprietà pubblica, come nel caso di specie, laddove il concessionario intende e dichiara di volere operare con l'affidamento di un appalto a terzi, da aggiudicare ai sensi delle procedure di evidenza pubblica di cui all'attuale Codice". Inoltre la stessa giurisprudenza ha affermato, in modo condivisibile "che, quindi, anche tali lavori siano indicati come oggetto della concessione non appare circostanza ostativa..... in quanto appare logico - e non è dimostrato il contrario nel caso di specie - che il concessionario appalti a terzi solo i lavori strumentali alla realizzazione del servizio come ritenuto primario e ben prevalente nell'oggetto della concessione stessa e non altri". Nel caso di specie, non vi è dubbio che i lavori della categoria OS19 "Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissione dati" siano strumentali al servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di "smart cities" e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta. Pertanto, il ricorso va accolto in quanto il bando non esclude la possibilità che nell'ambito di una concessione mista di servizi e di lavori con prevalenza dei servizi, il concessionario, qualora il bando di gara lo preveda, può affidare a terzi mediante gara anche solo una parte dei lavori strumentali allo svolgimento del servizio che non intende realizzare con la propria organizzazione d'impresa.

Materia: concessioni / disciplina

Publicato il 01/02/2021

N. 00302/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01440/2020 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1440 del 2020 proposto da Varese Risorse S.p.A., A2a Illuminazione Pubblica S.r.l. e A2a Smart City S.p.A. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giorgio Lezzi in Milano, corso di Porta Vittoria 9;

contro

Comune di Monza in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Assunta

Banza, Annalisa Bragante, Giancosimo Maludrottu, Stefano Boeche, Paola Giovanna Brambilla e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Citelum S.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione del costituendo RTI tra le società Varese Risorse S.p.A., A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. e A2A Smart City S.p.A. dalla "Procedura aperta Project Financing, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di "smart cities" e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta nel Comune di Monza. CIG 80682778CD - ID SINTEL 118802178";

- della Comunicazione di esclusione ex art. 76, c. 5 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 (doc. 1), trasmessa con nota prot. n. 0117642/2020 del 30/07/2020, con cui il Comune di Monza comunicava l'esclusione del RTI Varese Risorse, la quale "implica giuridicamente l'impossibilità di aggiudicazione e di conseguire il diritto al rimborso delle spese di progetto, sia correlativamente l'impossibilità di esercizio del diritto di prelazione, ove il project financing venga aggiudicato ad altri";

- del verbale di gara prot. n. 116258 in data 29/07/2020 (doc.

2), con cui veniva disposta l'esclusione del RTI Varese Risorse dalla procedura suddetta;

- della nota prot. n. 0124101/2020 del 12/08/2020 (doc. 3), con cui veniva riscontrata negativamente l'istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione disposta a carico del RTI Varese Risorse;

- di tutti i verbali di gara e degli atti, anche non cognitivi, con cui è stato ritenuto che il RTI Varese Risorse dovesse essere escluso dalla procedura suddetta;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ancorché non cognito e, in parte qua, della disciplina di gara, laddove la stessa dovesse essere interpretata nel senso di ritenere, da un lato, che la facoltà concessa dalla disciplina di gara di optare se eseguire i lavori con propria organizzazione di impresa o meno fosse riferita al concorrente (singolo o associato) nella sua totalità e non fosse possibile esercitare l'opzione suddetta soltanto per una parte dei lavori da eseguire e, dall'altro, che la legge di gara non ammettesse il ricorso al c.d. subappalto qualificatorio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza e di Citelum S.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza del 21 gennaio 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137

convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, la relazione del dr. Alberto Di Mario ed uditi per le parti i difensori intervenuti in collegamento da remoto come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le società ricorrenti hanno impugnato il provvedimento di esclusione del costituendo RTI tra loro, dalla "Procedura aperta Project financing, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di "smart cities" e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta nel Comune di Monza.

L'esclusione è stata disposta in quanto "La dichiarazione contenuta nell'Istanza di partecipazione e contestuale impegno a costituire associazione temporanea di impresa indica a chiare lettere che i lavori di cui alla categoria OS19 vengono imputati alla mandante A2A Smart City S.p.A. (prestazione secondaria lavori e progettazione nella categoria scorporabile OS19 per una percentuale del 100%: tutti i lavori ricadenti nella categoria OS19 verranno affidati o subappaltati a soggetti terzi in possesso delle relative qualificazioni) che è priva di qualificazione di attestazione SOA. Pertanto, la mancanza del

requisito di qualificazione della stessa è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara (cfr. C.d.S. -Adunanza Plenaria 6/2019)".

Contro il suddetto atto le ricorrenti hanno sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.p.r. n. 207/2010, del par. ii.2.6) del bando di gara e dell'art. 1, lettera b, della sezione III del disciplinare di gara - violazione del principio dell'affidamento a terzi da parte del concessionario - violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, favor participationis, libertà d'impresa, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta. In via subordinata: illegittimità in parte qua della disciplina di gara.

La ricorrente contesta che, trattandosi di gara per l'affidamento di un contratto di concessione, si applicherebbe l'art. 95 del DPR n. 207/2010, rubricato "Requisiti del concessionario", secondo il quale il concessionario che non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione "deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d)" e quindi non deve avere l'attestazione SOA per lo svolgimento dei medesimi.

Ugualmente il bando, al par. II.2.6), prevedendo che "Per la realizzazione dei lavori laddove il concorrente non abbia

dichiarato l'intenzione in sede di offerta, di eseguirli con propria organizzazione d'impresa, il Concessionario deve attenersi alle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del medesimo decreto ed i lavori dovranno essere affidati in appalto a operatori economici in possesso delle qualificazioni sopra indicate", confermerebbe la possibilità di non eseguire i lavori con propria organizzazione d'impresa e di affidarli a terzi in qualità di stazione appaltante in conformità alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

Inoltre la facoltà concessa dalla disciplina di gara di optare se eseguire i lavori con propria organizzazione di impresa o meno potrebbe essere riferita non solo al concorrente (singolo o associato) "nella sua totalità" ma anche, in assenza di un divieto normativa in tal senso, solo ad una parte di esso.

Infatti l'art. 95 del DPR n. 207/2010, riferendosi ai "soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici" (comma 1) e al "concessionario", non vieterebbe che la scelta dell'esecuzione con propria organizzazione sia limitata a ben determinate lavorazioni e che le restanti possano essere affidate ad operatori economici terzi.

Qualora si interpretasse la norma in senso opposto, cioè nel senso di consentire al concessionario di procedere all'affidamento a terzi soltanto in caso di esternalizzazione della totalità dei lavori, la ricorrente, in via subordinata e a

mero scopo prudenziale, impugna la disciplina di gara per violazione dell'art. 95 del DPR n. 207/2010 e del principio della par condicio tra i concorrenti.

Inoltre risulterebbe del tutto priva di senso la suddivisione dei lavori oggetto della concessione tra I) categoria prevalente e scorporabile e II) a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria, così come perderebbe di significato la possibilità stessa di partecipare alla procedura in RTI, istituto, come noto, volto proprio a consentire a più soggetti singolarmente privi di tutti i requisiti richiesti dalla lex specialis, di partecipare congiuntamente alla gara.

II. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5 e 13 della sezione II del disciplinare di gara - violazione dei principi in materia di subappalto necessario o qualificatorio - violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta. In via subordinata: illegittimità in parte qua della disciplina di gara.

Con il secondo motivo la ricorrente invoca la figura del subappalto necessario o qualificatorio, che consente all'operatore economico di qualificarsi e partecipare alle gare pubbliche per poter supplire alle qualificazioni (in particolare SOA) non possedute direttamente, solo dichiarando di voler subappaltare le relative prestazioni ad un soggetto debitamente qualificato.

La difesa del Comune, con memoria depositata in data 05/01/21, sostiene che il bando ed il disciplinare, quando fanno riferimento al concorrente, lo intendono in senso complessivo e quindi con riferimento al RTI nel suo complesso. Nel conseguente che la possibilità di subappaltare i lavori è condizionata al fatto che l'intero RTI abbia dichiarato che non intende effettuare i lavori con la propria organizzazione. In secondo luogo la *lex specialis* richiede la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione e quindi non è possibile alcuna forma di compensazione interna al Raggruppamento che consenta di derogare al principio secondo cui ogni operatore debba essere qualificato per la prestazione che esegue. Da ultimo, trattandosi di un Raggruppamento misto, ovvero verticale rispetto alla categoria OS19 (categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria) e orizzontale rispetto alla categoria OG10 (categoria prevalente a qualificazione obbligatoria), con riferimento alla categoria OS19 sussiste un evidente deficit di qualificazione in capo alla A2A Smart City SpA che ha assunto la quota del 100% dei lavori di "Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissione dati" che non può essere superato appellandosi all'integrale possesso, in capo alla mandataria Varese Risorse SpA, del requisito di qualificazione. Con le memorie di replica le parti hanno ribadito le proprie tesi. Con ordinanza cautelare n.1143 del 10/9/2020 la domanda di sospensione è stata accolta in quanto:

- la procedura di gara di cui è causa è volta all'assegnazione di

una concessione, per cui deve reputarsi applicabile l'art. 95 del DPR 207/2010;

- il bando ed il disciplinare ammettono che il concorrente possa affidare in appalto a terzi tutti i lavori previsti dalla legge di gara in capo al concessionario, senza alcun limite (in tal senso anche i chiarimenti forniti dall'amministrazione concedente ai partecipanti alla gara);

- la nozione di "concorrente" deve essere riferita non solo alle imprese singole ma anche a quelle associate;

- non appaiono quindi sussistere ostacoli a che un raggruppamento di imprese come quello esponente possa affidare integralmente a terzi qualificati i lavori della categoria scorporabile OS19, stante le citate e chiare previsioni della lex specialis.

All'udienza del 21 gennaio 2021, tenuta da remoto, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

1.1 In primo luogo occorre precisare che il bando di gara ha per oggetto "la realizzazione in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di "smart cities" e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta nel Comune di Monza. La prestazione prevalente è costituita dalla gestione del servizio di illuminazione pubblica".

Si tratta quindi di una concessione mista di servizi e di lavori con prevalenza dei servizi, come confermato anche dai valori

economici delle prestazioni, in quanto le prestazioni principali consistono in Servizi di manutenzione di impianti di illuminazione stradale, Gestione impianti elettrici ed Erogazione di energia elettrica per il valore di €. 24.435.000,00, mentre le prestazioni secondarie come afferenti lavori e progettazione (Investimento) hanno il valore di €. 10.745.000,00 ed i servizi di gestione di reti di trasmissione dati (Smart City) pesano per €. 10.040.000,00.

1.2 Venendo alla disciplina applicabile, il bando di gara prevede che *"Per la realizzazione dei lavori laddove il concorrente non abbia dichiarato l'intenzione in sede di offerta, di eseguirli con propria organizzazione d'impresa, il Concessionario deve attenersi alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 50/2016, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del medesimo decreto ed i lavori dovranno essere affidati in appalto a operatori economici in possesso delle qualificazioni sopra indicate"*.

La previsione del bando corrisponde a quella dell'art. 95 del DPR 207/2010, la cui applicabilità alle concessioni miste è riconosciuto dalla giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, I, 28/10/2020 n. 10997).

Anche il disciplinare di gara prevede in modo implicito l'applicazione della suddetta norma in quanto stabilisce che *"In alternativa ai requisiti previsti dall'art. 1.A. alle lett. b) e c), i Concorrenti possono incrementare i requisiti previsti alla lett. a) nella misura pari a 2 (due) volte"*, che rientra nella previsione dell'art. 95 c. 2 del DPR 207/2010.

Nel caso di specie il RTI ricorrente e la mandante A2A Smart

City SpA hanno dichiarato che la mandante non ha il requisito di qualificazione richiesto per i lavori della categoria OS19 e che non intendono svolgerli con la propria organizzazione d'impresa, bensì intendono avvalersi, per lo svolgimento di questa prestazione accessoria, dell'affidamento a terzi oppure del subappalto.

La norma del comma 3 dell'art. 95 del DPR 207/2010 e la corrispondente previsione del bando di gara non precludono la possibilità che solo una parte dei lavori non siano eseguiti direttamente dal concessionario ma siano affidati a terzi mediante gara, in quanto non richiedono necessariamente che tutti i lavori siano esternalizzati.

Ne consegue che la possibilità di esternalizzare i lavori senza il possesso dei requisiti di qualificazione, in conformità alla disciplina prevista dal bando, è applicabile anche solo ad una parte dei lavori.

1.3 Né in senso opposto soccorre la disciplina prevista per il subappalto ed i limiti imposti ai raggruppamenti verticali ad effettuare il subappalto, ed in particolare l'art. 92, c. 2, D.P.R. n. 207/2010 citato nel provvedimento impugnato, che richiede la qualificazione del subappaltante, oltre che del subappaltatore.

Infatti la possibilità del concessionario di fungere da stazione appaltante è alternativa al subappalto, trattandosi non di una forma di esecuzione indiretta dei lavori, qual è il subappalto, ma di una vera e propria esternalizzazione dei medesimi con le forme dell'evidenza pubblica.

1.4 Né a confondere le due forme di affidamento a terzi può bastare il fatto che il RTI ricorrente le abbia citate entrambe, imputando ad una mandante anche i lavori da esternalizzare. E' chiara infatti la manifestazione di volontà, espressa nel file ProjectIlluminazione_REQ_LAVORI di A2A SC e nella domanda di partecipazione del RTI Varese Risorse compilato dalla mandataria, di affidare a terzi i lavori della categoria OS19 allorchè si dichiara *"che l'affidamento dei lavori avverrà in conformità alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 e che i lavori verranno affidati in appalto a operatori economici in possesso delle qualificazioni sopra indicate"*, in conformità alla previsione del bando di gara, sopra richiamato, secondo il quale *"il Concessionario deve attenersi alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 50/2016, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del medesimo decreto ed i lavori dovranno essere affidati in appalto a operatori economici in possesso delle qualificazioni sopra indicate"*. Il Comune avrebbe dovuto quindi distinguere le due richieste, di affidamento a terzi e di subappalto, e dare risposte autonome perché i requisiti per l'applicazione delle due figure sono diversi.

Oggi infatti l'affidamento a terzi mediante gara trova fondamento nell'art. 1, comma 2, del Codice, richiamato dal bando di gara, ed in particolare nella lett. d), secondo la quale *"2. Le disposizioni di cui al presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:..... d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere*

pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice" che, secondo la giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, I, 28/10/2020 n. 10997) "ben può comprendere anche l'ipotesi in cui il concessionario di servizi intenda affidare a terzi i lavori oggetto della concessione mista, se questi sono funzionali alla gestione del servizio stesso e inerenti a realizzare lavori comunque destinati a diventare di proprietà pubblica, come nel caso di specie, laddove il concessionario intende e dichiara di volere operare con l'affidamento di un appalto a terzi, da aggiudicare ai sensi delle procedure di evidenza pubblica di cui all'attuale Codice". Inoltre la stessa giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, I, 28/10/2020 n. 10997) ha affermato, in modo condivisibile "che, quindi, anche tali lavori siano indicati come oggetto della concessione non appare circostanza ostativa..... in quanto appare logico - e non è dimostrato il contrario nel caso di specie - che il concessionario appalti a terzi solo i lavori strumentali alla realizzazione del servizio come ritenuto primario e ben prevalente nell'oggetto della concessione stessa e non altri".

1.5 Nel caso di specie non vi è dubbio che i lavori della categoria OS19 "Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissione dati" di cui si discute siano strumentali al servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione con la predisposizione degli stessi ai servizi di "smart cities" e la relativa erogazione in banda larga e banda stretta.

1.6 In definitiva quindi il ricorso va accolto in quanto il bando

non esclude la possibilità che il concessionario affidi a terzi mediante gara anche solo una parte dei lavori strumentali allo svolgimento del servizio che non intende realizzare con la propria organizzazione d'impresa e la richiesta della ricorrente era intesa ad esercitare anche tale facoltà.

2. La complessità della fattispecie e la complessità delle questioni proposte giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del 21 gennaio 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa giusto l'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020), ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)