

N. 00133/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00469/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 469 del 2011, proposto da:
Tecniconsul Costruzioni e Gestioni S.r.l., con sede in Reggio Emilia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Ferla e Mario Rampini, con domicilio eletto presso Mario Rampini in Perugia, piazza Piccinino, 9;

contro

Comune di Città di Castello, rappresentato e difeso dall'avv. Sebastiano Capotorto, domiciliato presso il T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

nei confronti di

SI(E)Nergia S.p.a., con sede in Perugia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Fantini, Giorgio Alù e Luca Spaziani, con domicilio eletto presso Marco Canonico in Perugia, via Bontempi, 4;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 1247 del 29.9.2011, a firma del Dirigente del Settore Programmazione, OO.PP., Manutenzione-Patrimonio e Ambiente, Ing. Paolo Gattini - di cui la ricorrente ha ricevuto notizia tramite la comunicazione prot. 0025884 del 30.9.2011 - con la quale il Comune di Città di Castello aggiudicava definitivamente a favore di SI(e)NERGIA s.p.a. la gara con procedura ristretta - indetta con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 31.1.2011 - per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale;

- del verbale della seduta della Commissione di gara del 21.9.2011, avente ad oggetto la verifica della documentazione a comprova dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara in capo all'aggiudicataria e alla seconda classificata (rispettivamente SI(e)NERGIA s.p.a. e TECNICONCONSUL Costruzioni e Gestioni s.r.l.);

- della Determinazione Dirigenziale n. 1081 del 17.8.2011, recante affidamento provvisorio a SI(e)NERGIA s.p.a. del servizio di distribuzione del gas metano del Comune di Città di Castello;
- dei verbali di tutte le sedute tenute dalla Commissione di gara per l'esame delle offerte e, segnatamente, dei verbali delle sedute dell'1.8.2011, del 3.8.2011, del 5.8.2011, dell'8.8.2011 e del 12.8.2011, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria a favore di SI(e)NERGIA s.p.a., contenuta nell'ultimo verbale citato;
- dell'ammissione di SI(e)NERGIA s.p.a. alla gara, a seguito della fase di prequalifica dei concorrenti, e dell'invito della stessa a partecipare alle successive fasi, della procedura;
- della Determinazione Dirigenziale n. 1021 del 29.7.2011, recante nomina della Commissione di gara;
- di tutti gli atti costituenti la *lex specialis* di gara ed, in particolare, del Bando inviato per la pubblicazione sulla G.U.U.E. in data 26.1.2011 e pubblicato sulla G.U.R.I in data 31.1.2011, della Lettera di invito prot. n. 0014021 del 30.5.2011, nonché di tutti gli allegati e i documenti connessi, ivi compreso lo Schema del Contratto di Servizio;
- della Determinazione Dirigenziale n. 100 del 25.1.2011, con la quale si provvedeva ad indire la gara, approvando Bando integrale ed Estratto di Bando da pubblicare, nonché della Determinazione Dirigenziale n. 742 del 30.05.2011, con la quale venivano approvati: "Lettera d'invito e documenti allegati a corredo della stessa", "Schema di contratto di servizio", "Elenco Prezzi Unitari" e "Disciplinare tecnico interventi su strada";
- di ogni atto e provvedimento preordinato, consequenziale e comunque connesso, ivi - compresi i chiarimenti forniti dal Responsabile del Procedimento, a seguito dei quesiti posti dai concorrenti. (FAQ 1-8 — doc; n.-7);

per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente all'aggiudicazione della predetta gara e all'affidamento in concessione del servizio che ne è oggetto, ovvero, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente economico;

per la condanna

del Comune di Città di Castello a provvedere all'aggiudicazione della gara e all'affidamento del servizio a favore della Società ricorrente, ovvero, in subordine, al risarcimento del danno, da quantificarsi in corso di giudizio;

ed inoltre

- per la declaratoria di inefficacia del contratto di concessione del servizio che fosse eventualmente stipulato con l'attuale aggiudicataria, nonché del diritto della Società ricorrente al subentro nel medesimo contratto di concessione, e per la condanna del Comune di Città di Castello a dare esecuzione al suddetto subentro;
- per l'accertamento del diritto della Società ricorrente ad essere risarcita da ogni danno derivante dall'esecuzione degli atti impugnati (e del contratto che fosse eventualmente stipulato), nonché per

la condanna del Comune di Città di Castello a pagare le relative somme, da quantificarsi in corso di giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Città di Castello e di Si(e)Nergia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012 il dott. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sulla procedura ristretta per l'affidamento della concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel Comune di Città di Castello, aggiudicata con determinazione dirigenziale n. 1247 in data 29 settembre 2011 alla SI(e)NERGIA S.p.a.

Nell'ambito della procedura ristretta (governata dal bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 31 gennaio 2011 e dalla lettera di invito prot. 14021 in data 30 maggio 2011) è stata presentata soltanto un'altra offerta, da parte del concessionario uscente, Tecniconsul Costruzione e Gestioni S.r.l., che impugna l'aggiudicazione unitamente agli atti presupposti (compresi il bando e la lettera di invito), chiedendone l'annullamento, e chiedendo altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, l'accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione e la conseguente condanna del Comune a disporla.

La ricorrente, premettendo che l'aggiudicataria, società attiva prevalentemente nel settore dei servizi energetici e delle fonti rinnovabili, risulta attualmente (essendo cessata in data 15 giugno 2011 la gestione del servizio di Bastia Umbra) affidataria soltanto del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Cannara (che contava, alla fine del 2010, 1.299 utenti), deduce le articolate censure appresso esaminate.

2. Resistono, controdeducendo puntualmente, il Comune di Città di Castello e la controinteressata SI(e)NERGIA S.p.a.

3. La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del diniego prot. 29269 in data 4 novembre 2011, con cui il Comune ha comunicato la decisione di non intervenire in autotutela a seguito del preavviso di ricorso ex art. 243-bis del d.lgs. 163/2006.

Il Collegio non condivide tale eccezione.

E' vero che il Tribunale, nella sentenza 1 aprile 2011, n. 103 – invocata dalla controinteressata – disattendendo un'eccezione di inammissibilità fondata sulla mancata impugnazione di un diniego tacito formatosi su un preavviso di ricorso, ha anche affermato che *<<diverso sarebbe il caso in cui la decisione di non provvedere sia motivata ed espressione di una nuova ponderazione: in tale evenienza, infatti, si dovrebbe configurare una conferma propria, con conseguente onere di impugnativa>>*. Tuttavia, nel caso in esame non si ravvisa in concreto alcuna nuova motivata ponderazione, posto che nel diniego il Comune di Città di Castello, oltre a rilevare la pendenza del giudizio, si limita ad affermare che *<<i contenuti della nota non consentono a questa Amministrazione di poter valutare eventuali profili di autotutela>>*.

4. Passando al merito del ricorso, un primo gruppo di censure è rivolto ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria SI(e)NERGIA S.p.a.

4.1. Il bando (par. III.2.3., lett. a) richiedeva ai concorrenti di possedere il seguente requisito di capacità tecnica *<<titolarietà di almeno un contratto di gestione o concessione di distribuzione del gas metano nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del presente bando, con non meno di 10.000 utenti complessivi o titolarità di più contratti di gestione o concessione di distribuzione del gas metano nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del presente bando, di cui almeno un contratto con non meno di 5.000 utenti>>*.

La ricorrente sostiene che la previsione debba essere interpretata nel senso della necessità di raggiungere nel triennio, in ogni caso, la soglia complessiva di 10.000 utenze (l'aggiudicataria, con le gestioni di Bastia Umbra e Cannara, superava detta soglia nel 2010, mentre nel 2008 e nel 2009 si attestava poco al di sotto), altrimenti risulterebbe discriminatoria per i titolari di un solo contratto ed illogica, essendo evidente che, a parità di utenze complessive, la titolarità di un solo affidamento di ragguardevoli dimensioni è indice di una capacità tecnico-organizzativa maggiore rispetto alla titolarità di più affidamenti di minore entità.

Nell'ipotesi che la previsione del bando venisse interpretata diversamente, essa risulterebbe viziata da illogicità manifesta, disparità di trattamento e violazione del principio di proporzionalità.

Il Collegio osserva che il tenore della previsione in esame è univoco nel ricollegare presuntivamente l'affidabilità tecnico-organizzativa dei concorrenti a due ipotesi, ciascuna autonomamente sufficiente, la seconda delle quali consiste nella titolarità di più contratti di cui almeno uno con non meno di 5.000 utenze (è, pacificamente, la situazione della ricorrente nel triennio precedente, in forza delle gestioni di Bastia Umbra e Cannara). Non c'è dunque bisogno di fare appello al principio in forza del quale quando il contenuto di una clausola appare incerto, occorre preferire l'interpretazione che favorisce la più ampia partecipazione degli operatori.

Né può ritenersi che detta previsione sia illogica, posto che la capacità tecnica ed organizzativa non è in rapporto di proporzionalità diretta con il numero delle utenze, e ben può considerarsi indice presuntivo significativo anche la (diversificazione degli impianti e dislocazione delle utenze, connesse alla) molteplicità dei Comuni da servire; mentre il riferimento al triennio immediatamente precedente (richiedendo una continuità del requisito: non può infatti accedersi all'interpretazione della difesa del Comune, secondo la quale sarebbe stato sufficiente raggiungere le 10.000 utenze anche in uno solo degli anni compresi nel triennio) sembra in grado di attribuire al requisito un valore rappresentativo non soltanto delle "performances" storiche dell'impresa, ma anche delle potenzialità ancora attuali.

4.2. L'aggiudicataria ha dichiarato l'invarianza dei requisiti di capacità tecnica tra la fase della prequalifica e quella di presentazione dell'offerta (dichiarazione richiesta dalla lettera di invito e da

<<rendere a pena di esclusione>> – pag. 7), mentre al momento della presentazione (28 luglio 2011) aveva già perso la gestione del servizio di Bastia Umbra.

Ciò, a dire della ricorrente, avrebbe dovuto determinare l'esclusione della controinteressata, sia a causa della oggettiva falsità della dichiarazione in sé considerata, sia perché – prevedendo la lettera di invito, a proposito delle eventuali variazioni, che <<ove le predette variazioni siano tali da non soddisfare i requisiti minimi richiesti per essere invitati alla gara, si procederà all'esclusione del concorrente>>- la variazione comportava il venir meno del requisito della capacità tecnica (sotto il profilo della gestione di almeno 5.000 utenze) anche interpretando il par. III.3.2., lett. a), nel senso prescelto dall'Amministrazione.

Il Collegio osserva che il requisito della titolarità dei contratti di gestione nel triennio precedente, per come è formulata la previsione del bando, fotografa un dato di fatto relativo al passato. Tale dato potrebbe essere suscettibile di "variazione" soltanto in presenza di elementi sopravvenuti idonei a rimettere in discussione la rilevanza giuridica degli affidamenti collocati in un momento temporale già trascorso – quali, ad esempio, con riferimento al requisito in questione, una risoluzione per inadempimento che operi *ex tunc* – ma simili evenienze non sussistono nel caso in esame.

Pertanto, non viene concretamente in discussione la perdita del requisito, né, conseguentemente, è ravvisabile una falsità nella dichiarazione.

4.3. La controinteressata, a dire della ricorrente, non avrebbe potuto partecipare alla gara, avendo la titolarità di un affidamento diretto successivo all'entrata in vigore del d.lgs. 164/2000.

Infatti, il servizio di distribuzione del gas di Cannara era stato affidato (d.C.C. n. 32/2003) direttamente alla CONAP – Consorzio Acquedotti Perugia S.p.a., società costituita tra vari Comuni della Provincia ma avente finalità diverse (attinenti alla costruzione di infrastrutture acquedottistiche), e di cui il Comune di Cannara era socio per appena lo 0,5%, percentuale tale da escludere la possibilità di esercitare alcuna forma di controllo. Per questi motivi deve escludersi che il Comune di Cannara abbia dato corso alla trasformazione della preesistente gestione diretta in una "propria" gestione societaria, come richiedeva (in alternativa all'espletamento di una gara) l'articolo 15, comma 1, del d.lgs. 164/2000, e deve ritenersi che SI(e)NERGIA (quale nuova denominazione sociale della CESAP S.p.a., nella quale il ramo d'azienda del servizio di Cannara era stato trasferito nel 2006) incorra nel divieto di partecipazione alle gare disposto dall'articolo 14, comma 5, del d.lgs. 146/2000, nei confronti delle società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che <<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>>.

Il Collegio osserva che l'affidamento del servizio al CONAP (dal quale la cessionaria non può che mutuare la qualificazione del proprio titolo di acquisto) costituisce formalmente applicazione dell'articolo 15 del d.lgs. 164/2000. Infatti, con la deliberazione n. 32/2003 si stabiliva di <<conferire alla Conap S.p.a. (...) di cui il Comune di Cannara è socio, la gestione del servizio>> e si richiamava la precedente deliberazione n. 79/2002; ed in quest'ultima, in modo ancora più univoco, si affermava che <<la forma di gestione individuata (...) è la gestione associata (in S.p.a. nella fattispecie) con altri comuni limitrofi>> e si decideva di <<partecipare nella Valle Umbra S.p.a. >> - operazione poi non concretizzata.

La ricorrente eccepisce che la CONAP fino ad allora si occupasse di altri settori, e che comunque l'esiguità della partecipazione impedisse al Comune di Cannara di esercitare alcun effettivo

controllo, ma nessuna disposizione prevede che il conferimento debba avvenire nei confronti di una società nuova o già operante nel settore del gas, o richiede una quota minima di partecipazione. Del resto, era ed è comune a molte esperienze l'esistenza di società a partecipazione pubblica c.d. *multiutilities*, che gestiscono diversi servizi pubblici locali, e nelle quali i piccoli Comuni di fatto non possono che detenere quote di peso minimale.

4.4. Sarebbe illegittimo anche l'avvalimento "sostanziale" dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa dell'impresa ausiliaria (ACEA S.p.a.), in quanto consentito oltre i limiti previsti dal bando (par. III, 2.1.).

Infatti, il bando escludeva l'avvalimento per i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, consentendolo solo per il possesso della qualificazione OG6 (classifica II), mentre la controinteressata ha sostanzialmente dichiarato nella propria offerta che, al fine dei svolgere i compiti di distributore gas, si avvarrà tanto dell'organizzazione quanto delle risorse personali e strumentali del Gruppo ACEA (numerosi sono i riscontri documentali, che evidenziano l'esistenza di un "avvalimento di fatto", anche se non formalmente dichiarato: Relazione di sintesi dell'offerta tecnica, pag. 12 del par. 5.2.1; elaborato MG01 "Modalità di gestione-Relazione-Progetto", par. 2, pag. 5, pag. 7, pag. 13, pag. 22, par. 8.1.1., pag. 45).

Il Collegio osserva che l'autonoma capacità tecnica della controinteressata (eccettuato il possesso della qualificazione SOA, per il quale, appunto, è stato effettuato l'avvalimento) non è in discussione, tant'è vero che essa è stata ammessa alla procedura esclusivamente in ragione dei requisiti posseduti.

L'avvalimento concerne la possibilità, per l'operatore che non possieda i requisiti di partecipazione alla procedura, di far valere nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice quelli posseduti da terzi, ai quali, in caso di aggiudicazione dell'appalto o della concessione, conta di ricorrere per la corretta esecuzione.

Per contro, i riferimenti all'apporto di risorse umane ed organizzative riconducibili ad ACEA, attengono unicamente al momento gestionale del servizio pubblico; ma sembra fisiologico, e comunque non configura avvalimento in senso tecnico-giuridico, che l'appartenenza ad un gruppo comporti la possibilità di giovare di strumenti e procedure disponibili nell'ambito delle altre società collegate.

4.5. Risulterebbero vizianti anche i rapporti tra SI(e)NERGIA e ACEA S.p.a.

Ai fini di potersi avvalere della qualificazione SOA di ACEA S.p.a., la controinteressata ha prodotto la dichiarazione sostitutiva di cui all'articolo 49, comma 2, lettera g), che è ammessa - in alternativa al contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente i mezzi e le risorse necessarie, di cui alla lettera f) - nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, dichiarando che ACEA possiede il 42,08% del suo capitale.

La ricorrente obietta, peraltro, che detta quota sia in realtà detenuta da Crea Partecipazioni S.r.l., oggi incorporata in Crea Gestioni S.r.l., la quale è totalmente controllata da ACEA; che ACEA ATO 2 S.p.a., controllata da ACEA, sia affidataria in via diretta dal 2002 del servizio idrico integrato della Provincia di Roma; e che ACEA S.p.a. abbia gestito in regime di affidamento diretto il servizio di pubblica illuminazione del Comune di Roma, poi oggetto di cessione di ramo di azienda alla controllata ACEA Distribuzione S.p.a..

Per cui, la controinteressata avrebbe dovuto in ogni caso essere esclusa, in quanto:

- se non è controllata da ACEA S.p.a., ha reso una dichiarazione non conforme e comunque avrebbe dovuto produrre l'apposito contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f);
- se è controllata ACEA (come effettivamente ha dichiarato) incorre nel divieto di partecipazione alla gara, ai sensi del combinato disposto degli articoli 14, comma 5, del d.lgs. 146/2000, e 46-bis, comma 4-bis, della legge 222/2007.

Il Collegio osserva anzitutto come non sembri dubbio il controllo della controinteressata da parte di ACEA nella misura dichiarata (ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.P.R. 445/2000), alla luce della documentazione versata in atti (certificato azionario con girata con autentica notarile), senza che in contrario possa rilevare quanto risultante dal registro delle imprese ed indicato nei certificati camerali.

Pertanto, legittimamente la controinteressata ha utilizzato la facoltà prevista dalla lettera g), dell'articolo 49 del d.lgs. 163/2006, nel caso di avvalimento c.d. infragruppo.

L'ipotesi di divieto di partecipazione da verificare è dunque la seconda delle due prospettate dalla ricorrente.

La controinteressata non contesta la circostanza (peraltro, supportata dalla documentazione versata dalla ricorrente in data 18 gennaio 2012) che ACEA controlli le società suddette ("sorelle" della controinteressata), titolari di affidamenti diretti in settori dei servizi pubblici locali diversi dal gas. Obietta invece che ad ACEA, in quanto società quotata nei mercati regolamentati, il divieto di cui all'articolo 14, comma 5, del d.lgs. 164/2000, non possa applicarsi, a norma dell'articolo 23-bis, comma 9, del d.l. 112/2008, introdotto dalla legge di conversione 133/2008, e *ratione temporis* applicabile. Mentre il richiamo all'articolo 46-bis, comma 4-bis, della legge 222/2007, non sarebbe conferente, in quanto la disposizione riguarda le (future) gare d'ambito.

Il Collegio non condivide detta ultima prospettazione.

Osserva che l'articolo 14, comma 5, del d.lgs. 164/2000 contiene un principio generale, che è diretta conseguenza di vincoli derivanti dal diritto comunitario, e subisce limitate deroghe.

L'articolo 15, comma 10, del d.lgs. 164/2000 esclude dall'applicazione del divieto i soggetti titolari di affidamenti diretti conseguiti prima della sua entrata in vigore, e destinati quindi a rientrare nel regime transitorio. L'articolo 46-bis, comma 4-bis, della legge 222/2007, ha poi ammesso i gestori dei servizi a rete a partecipare alle prime gare relative ai servizi stessi già gestiti (come da articolo 113, comma 15-quater, del d.lgs. 267/2000), anche qualora fossero titolari di affidamenti diretti di altri servizi pubblici locali (diversi dalla distribuzione del gas).

Per quel che qui interessa, l'articolo 23-bis, del d.l. 112/2008, introdotto dalla legge di conversione 133/2008, nel prevedere in via generale il divieto di partecipazione alle gare per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o comunque di una procedura non ad evidenza pubblica (comma 9, primo periodo), ha stabilito (secondo periodo) una deroga, tra l'altro, a favore delle società quotate: <<Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile ...>>.

Tuttavia, detta deroga non sembra possa incidere sulla portata del divieto di partecipazione alle gare nel settore della distribuzione del gas, in quanto lo stesso articolo 23-bis, al comma 1, dopo aver affermato che <<Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.>> precisava che <<Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (...) in materia di distribuzione del gas naturale>>.

In questo senso, del resto, era la volontà manifestata dalla *lex specialis* della gara in questione. Il bando (par. III.2.2.) prevedeva <<I soggetti partecipanti alla gara devono soddisfare le disposizioni dell'art. 14, comma 5, del D.lgs. n. 164/2000 per la prima gara, indetta dopo il periodo transitorio di cui all'art. 15, comma 7, del D.lgs. n. 164/2000. Si applicano le disposizioni dell'articolo 15, comma 10 del sopracitato decreto legislativo e dell'articolo 46 bis della L. 29 novembre 2007, n. 222 (...)>>. Dunque, il bando richiamava il divieto di partecipazione (salvi i titolari di affidamenti rientranti nel regime transitorio di settore, e comunque i gestori uscenti), ma non richiamava anche la deroga di cui all'articolo 23-bis.

In ogni caso, l'articolo 23-bis non sembra applicabile al caso in esame, neanche sotto il profilo temporale.

Infatti, l'articolo 23-bis, è stato abrogato (a seguito del referendum) a far data dal 21 luglio 2011 (per effetto del d.P.R. 114/2011, pubblicato nella G.U. del 20 luglio 2011 ed in vigore dal giorno successivo). Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella gara in esame (il 28 luglio 2011, in base alla lettera di invito), che coincide con il giorno in cui l'offerta della controinteressata è stata presentata, tale disposizione di deroga non era più in vigore (così come al momento della valutazione della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, avvenuta nella prima seduta della Commissione, in data 1 agosto 2011).

La controinteressata obietta che giammai la Commissione avrebbe potuto procedere ad un'esclusione in applicazione di una normativa sopravvenuta rispetto al momento della pubblicazione della *lex specialis*. Il Collegio osserva che il principio dell'insensibilità della *lex specialis* alle sopravvenute modifiche del quadro normativo trova giustificazione e limite nell'affidamento dei concorrenti nella stabilità delle previsioni di gara alla luce delle quali hanno formulato le domande e presentato le offerte; qualora, come nel caso in esame, detta stabilità non venga in discussione – in quanto la deroga al divieto di partecipazione non era stata menzionata nel bando o nella lettera di invito, ed in quanto si discute di un'offerta presentata dopo la modifica del quadro normativo di riferimento – il principio non può prevalere sull'applicazione della disposizione imperativa *pro-tempore* vigente.

Può aggiungersi che l'articolo 4 del d.l. 138/2011, che (a decorrere dal 13 agosto 2011) ha nuovamente disciplinato la materia dei servizi pubblici locali, in sostituzione dell'articolo 23-bis, predetto, ha confermato (comma 34) l'esclusione dell'applicazione al settore della distribuzione del gas delle norme contenute nell'articolo 4, ivi compresa la reintrodotta norma di favore per le società quotate (comma 33).

In conclusione, sul punto, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in applicazione del divieto di partecipazione disposto dall'articolo 14, comma 5, del d.lgs. 164/2000.

4.6. Di più, alla luce della *ratio* del predetto divieto (quella di evitare l'alterazione del confronto concorrenziale derivante dalla partecipazione di soggetti "privilegiati"), ACEA S.p.a. – come sostiene la ricorrente - non avrebbe potuto concorrere neanche come ausiliaria di un concorrente, e

ciò per la controinteressata determina il venir meno di un requisito necessario (la qualificazione SOA).

Il Collegio osserva che, effettivamente, la predetta ragione giustificatrice del divieto suggerisce che esso colpisca, non soltanto i concorrenti, ma anche le imprese ausiliarie, altrimenti, considerata l'ampiezza che ha ormai assunto la portata applicativa dell'avvalimento, si consentirebbe un'evidente ed agevole elusione del divieto.

La controinteressata sottolinea che l'avvalimento c.d. infragruppo è una delle ipotesi più frequenti, e che anzi è proprio a partire da detta tipologia che l'istituto ha avuto una progressiva espansione. Ma, osserva il Collegio, la censura in esame non investe la portata applicativa dell'avvalimento, quanto piuttosto quella del divieto di partecipazione, rispetto alla quale non può influire l'opportunità di favorire le sinergie tra società collegate.

4.7. La ricorrente sostiene anche che il soggetto dichiarante in nome e per conto dell'ausiliaria ACEA S.p.a., dott. Sperandini, non aveva adeguati poteri rappresentativi, in quanto la procura speciale prodotta prevede poteri di firma <<nell'ambito del budget assegnato ed entro un limite di spesa di Euro 250.000,00>> mentre la qualificazione SOA OG6 - II classifica copre lavori compresi tra euro 258.000 ed euro 516.000, e comunque, al di là del dato cartolare dell'attestazione, l'impegno assunto da ACEA in relazione al Piano industriale proposto in gara dalla controinteressata prevede lavori dell'ordine di milioni di euro.

Il Collegio osserva che la sussistenza dei poteri rappresentativi avrebbe dovuto essere verificata dall'Amministrazione aggiudicatrice al fine di assicurare l'impegno dell'ausiliaria a far fronte ai lavori richiesti dalla concessione; per questo motivo, non può sostenersi, con la controinteressata, che i limiti della procura attengano esclusivamente ai <<rapporti interni tra delegante e delegato>> (tra rappresentante e rappresentato); né, parimenti, che, in mancanza di alcuna eccezione da parte di ACEA del superamento dei limiti della procura, si verificherebbe una ratifica implicita dell'operato del proprio rappresentante. La quantificazione presuntiva dell'entità di detti lavori risulta dal valore convenzionale della classifica II, richiesta come requisito di partecipazione (e non contestata in giudizio). Pertanto, il fatto che la procura speciale, non considerando espressamente l'impegno finalizzato all'avvalimento per l'attestazione SOA, contenesse però in via generale un limite di valore, non può che rilevare in generale come limite dei poteri rappresentativi.

Ne discende, sotto l'ulteriore profilo esaminato, l'illegittimità dell'avvalimento della qualificazione SOA.

5. La fondatezza delle censure appena esaminate evidenzia che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura di gara.

Ciò determina l'accoglimento del ricorso, ed impedisce di esaminare le altre censure prospettate in via subordinata – in quanto riguardanti la procedura di gara e volte ad ottenerne la ripetizione.

6. Conseguentemente, deve disporsi l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata.

Non vi è motivo di pronunciare in ordine alla sorte del contratto, avendo le parti resistenti precisato che, nelle more della definizione del giudizio, non vi sarebbe stata stipulazione.

7. Considerata la complessità ed opinabilità delle questioni sottese alla controversia, le spese di giudizio possono compensarsi integralmente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2012

IL SEGRETARIO

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