

T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 8 marzo 2017, n. 337

Riduzione dei Candidati nelle procedure ristrette (art. 91 del Codice dei contratti)

Distinzione tra requisiti di partecipazione alle gare di lavori (predeterminati dalla norma e non integrabili o ampliabili) e “capacità richieste” finalizzate alla selezione di un numero ridotto di operatori da invitare a presentare offerta.

Publicato il 08/03/2017

N. 00337/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00163/2017 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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 163 del 2017, proposto da:

Cividini Ing. & Co S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ...;

contro

Bergamo Parcheggi S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ...;

per l'annullamento

- della nota dell'A.D. di Bergamo Parcheggi s.p.a. prot. BCA_044.17 del 20.1.2017, comunicata a mezzo pec il 20.1.2017 (doc. 1) nell'ambito della “gara d'appalto a procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di costruzione di un parcheggio pubblico interrato nella Città Alta di Bergamo, nell'Area denominata “Parco della Rocca – ex faunistico”, con cui è stata comunicata alla ricorrente, in qualità di mandataria della costituenda ATI con Ipogeo s.r.l., Enzo Pesenti s.r.l., Burigo Italo s.r.l., Nitrex s.r.l., l' “*esclusione dalla procedura di affidamento per carenza dei requisiti richiesti ex art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016*”;

- se, ed in quanto occorra, del punto II.2.9 dell'avviso di gara, nella misura in cui dovesse essere interpretato nel senso di imporre ai soggetti offerenti il possesso della qualificazione SOA quale condizione preliminare imprescindibile per la dimostrazione dei criteri oggettivi di selezione indicati in tale punto;

- se, ed in quanto occorra, del punto III.1.2 e III.1.3 dell'avviso di gara, nella misura in cui dovesse essere interpretato nel senso di includere, tra le condizioni di partecipazione alla gara, requisiti ulteriori rispetto al possesso delle qualificazioni SOA di cui al punto II.2.4., ed in particolare i requisiti indicati nel punto II.2.9;

- della nota di risposta ai quesiti pubblicata dalla stazione appaltante;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso, ancorché non conosciuto;

e per l'ammissione

della ricorrente alla successiva fase della gara;

e, in subordine, per il risarcimento

del danno subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bergamo Parcheggio S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2017 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 120 del c.p.a., il quale impone, al comma 6-bis: *"Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica."*;

Considerato che le parti hanno dichiarato di non avere interesse a demandare la definizione del ricorso ad un'udienza pubblica;

Il ricorso in esame ha ad oggetto il provvedimento con cui la società ricorrente è stata esclusa dall'elenco dei soggetti invitati dalla Bergamo Parcheggio s.p.a. alla presentazione dell'offerta per la costruzione di un parcheggio pubblico interrato nella Città Alta di Bergamo, nell'Area denominata "Parco della Rocca - ex faunistico".

Il bando, predisposto dalla stazione appaltante, prevedeva i criteri per la prequalifica, fondata sul possesso di cinque requisiti (da P1 a P5) e sul relativo punteggio indicato per ciascuna voce di valutazione [...], stabilendo che il punteggio di prequalifica (PQ) fosse determinato dalla sommatoria dei singoli punteggi ottenuti, secondo la formula $PQ = P1 + P2 + P3 + P4 + P5$. Sulla base dei punti così ottenuti, era prevista l'ammissione alla fase successiva dei 15 concorrenti con il punteggio più alto. Il bando recitava, altresì *"È possibile fare ricorso all'avvalimento da parte di chi non possieda uno o più requisiti di qualificazione"*.

Il punto III dell'avviso di gara stabiliva le "condizioni di partecipazione", prescrivendo, come condizioni generali, previste a pena di esclusione, l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, gli altri requisiti generali di cui all'art. 80 D.Lgs. 50 del 2016 e l'attestazione SOA relativa alle categorie e classifiche adeguate ai lavori da eseguire, nonché, come requisiti di capacità economica e finanziaria, professionale e tecnica, i "criteri di selezione" indicati nel punto II.2.4. (e cioè quello che riporta l'elenco delle lavorazioni previste dal progetto) e nel

punto II.2.9 (e cioè i criteri oggettivi e non discriminatori individuati per la selezione dei soggetti da invitare).

Il *casus belli* ha riguardo, nello specifico, al possesso del requisito di cui al punto P3, il quale ha ad oggetto un importo totale dei lavori eseguiti, negli ultimi 10 anni (2006-2015), per lavori in terra con attività di abbattimento rocce o ammassi rocciosi mediante preminaggi con microritardi in prossimità di edifici abitati, per un importo minimo 45.000 EUR, correlando il punteggio massimo di 20 punti a un fatturato pari o superiore a 500.000 Euro.

Nella formulazione dell'invito presentato dal raggruppamento formato da Cividini si è provveduto a dimostrare il possesso di esso imputandolo, inequivocabilmente, alla mandante Nitrex, che ha attestato di aver eseguito lavori corrispondenti alla tipologia descritta per un fatturato di € 2.997.000,00.

Ciononostante, il 20.1.2017, la ricorrente si è vista comunicare da Bergamo Parcheggi s.p.a., con nota prot. BCA_044.17, l'*"esclusione dalla procedura di affidamento per carenza dei requisiti richiesti ex art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016"*.

Ciò è stato motivato dal fatto che la ditta Nitrex s.r.l., è stata identificata, nell'atto di impegno a costituire l'ATI, quale *"mandante cooptata per la categoria OS1"*. La stazione appaltante ha, quindi ritenuto, da un lato, che, a norma dell'art. 92, comma 5, d.p.r. 207/2010, la cooptata non potesse concorrere al possesso dei requisiti di qualificazione, i quali, nella fisiologia dell'istituto, dovrebbero, essere già interamente posseduti dagli operatori che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo. Dall'altro, che, se anche la Nitrex avesse inteso partecipare al raggruppamento come mandante, il requisito non avrebbe potuto essere ritenuto dimostrato, dal momento che la stessa sarebbe comunque stata priva del requisito dell'attestazione SOA per la categoria di lavorazioni OS1.

Il provvedimento di esclusione così adottato sarebbe illegittimo, secondo quanto sostenuto in ricorso, per le seguenti ragioni di diritto:

I. Violazione e/o falsa applicazione dei punti II.2.9 e II.2.4 del Bando di gara nonché degli artt. 83, comma 8 e 91, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere. Secondo la tesi di parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe confuso o comunque sovrapposto i requisiti di qualificazione richiesti (elencati al punto II.2.4 del bando), che la costituenda ATI soddisferebbe in pieno, con i "criteri" "oggettivi e non discriminatori" previsti ai fini dell'applicazione dell'art. 91 d.lgs. 50/2016 (elencati al punto II.2.9 del bando) e finalizzati alla selezione dei candidati da invitare a partecipare alla gara.

Al più, la mancanza del requisito avrebbe dovuto comportare la non attribuzione del punteggio, ma non anche l'esclusione.

II. Violazione e/o falsa applicazione dell'artt. 92, comma 5 D.P.R 2017/2010, nonché del punto II.2.9. e del punto III.1.1 del Bando di gara. Eccesso di potere per travisamento di fatto.

Secondo parte ricorrente, premesso che i *"requisiti di qualificazione"* sono *"già interamente posseduti dagli operatori [riuniti] in raggruppamento temporaneo"* e Nitrex s.r.l. è stata cooptata per il *"criterio"* P3, al fine di ottenere un punteggio sufficiente a superare la fase di prequalifica, la motivazione sarebbe erronea per due ordini di ragioni. La distinzione tra *"mandante cooptata"* e *"mandante"* pura e semplice, al fine della partecipazione alla gara e al fine della

dimostrazione dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando, considerata rilevante e decisiva dalla stazione appaltante, assume in realtà un carattere puramente formalistico, che non potrebbe in alcun modo assurgere a motivo di esclusione. In ogni caso, il Bando di gara prevedeva espressamente la possibilità di fare ricorso alle imprese cooptate (punto III.1.1, ultimo capoverso, che richiama l'art 92, comma 5, d.p.r. 207/2010). Nitrex s.r.l. è qualificata SOA per le categorie OG4, OG7 e OS23 e non per la OS1, ma l'attestazione SOA per la OS1 è posseduta, come richiede la norma, dagli altri *"concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo"* (e cioè dalla Pesenti), i quali, da soli, soddisfano interamente i requisiti di qualificazione, come richiesto dalla norma.

III. Violazione della *lex specialis* e, in particolare, del punto II.2.9 e del punto III.1 del Bando di gara. Eccesso di potere per travisamento di fatto. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione artt. 83, co. 2, e 216, co. 14, D.Lgs. 50 del 2016. La esclusione sarebbe stata disposta in ragione del fatto che si è ritenuto requisito indispensabile di partecipazione il possesso della qualificazione SOA nella categoria OS1 e, conseguentemente, inammissibile la scissione tra il soggetto in possesso della qualifica e quello che ha concretamente eseguito lavori riconducibili alla categoria in questione in misura addirittura sovrabbondante rispetto a quanto richiesto.

Secondo la tesi di parte ricorrente, peraltro, la necessità di una qualificazione SOA quale condizione ulteriore per soddisfare il requisito P3 del punto II.2.9 sarebbe comparsa soltanto nella risposta 5 ai quesiti: risposta che, a ben vedere, configurerebbe non tanto un chiarimento, bensì la richiesta di un ulteriore requisito, rispetto a quelli già previsti dal bando di gara e cioè l'attestazione SOA OS1. L'interpretazione del bando in tal senso si porrebbe in violazione degli articoli 83, comma 8, d.lgs 50/2016 (secondo cui: *"Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse"*) e 91, comma 2 del d. lgs. 50/2016 (che richiede la previsione di *"criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità..."*).

Tutto ciò in contrasto, secondo la tesi di parte ricorrente, con la disposizione che, puntualmente, dà atto, al punto II.2.4., di come tale categoria di lavorazioni sia a qualificazione non obbligatoria (tant'è che, nonostante la notevole quantità di lavori eseguiti, la Nitrex non ha mai sentito la necessità di qualificarsi per essa);

IV. Illegittimità del bando per violazione del D.P.R. 207/2010. Eccesso di potere per travisamento di fatto e difetto di proporzionalità. La categoria OS1 sarebbe comunque generica, in quanto riguarderebbe tutti i lavori in terra, dallo scavo al ripristino, ma non indica espressamente *"lavori in terra con attività di abbattimento rocce o ammassi rocciosi mediante preminaggi con microritardi in prossimità di edifici abitati"* e cioè quella specifica lavorazione che la stazione appaltante ha ritenuto di poter indicare particolarmente significativa ai fini della selezione, in sede di prequalificazione, degli operatori più qualificati;

V. Violazione dell'art. 83, co. 9, D.Lgs. 50 del 2016. Mancato esercizio del "soccorso istruttorio". La carenza nelle dichiarazioni rese dal raggruppamento temporaneo presieduto dall'impresa Cividini avrebbero potuto e dovuto essere sanata mediante il ricorso al c.d. "soccorso istruttorio", disciplinato dall'art. 83, co. 9, D.Lgs. 50 del 2016 e, tutt'al più, mediante l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

La stazione appaltante ha, in primo luogo, eccepito l'irricevibilità del ricorso, in quanto le doglianze dedotte atterrebbero tutte alla legittimità delle previsioni del bando di gara.

Essa ha evidenziato come, nella risposta al quesito n. 5, avesse chiarito che *“al fine di soddisfare il requisito di prequalifica P3, ... l'operatore economico titolare del requisito di esperienza dovrà anche essere in possesso dell'attestazione SOA OS1, in quanto la stazione appaltante presuppone che il soggetto esecutore degli abbattimenti rocciosi mediante preminaggi con microritardi sia, a monte, in possesso di tale requisito di qualificazione che lo legittima in concreto allo svolgimento dell'attività in caso di aggiudicazione in suo favore”*.

L'istituto della cooptazione non consentirebbe alla cooptata di integrare i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dalla *lex specialis*, nemmeno con riferimento a quello di prequalifica in questione, che, secondo la Bergamo Parcheggi, sarebbe stato comunque richiesto ai fini della partecipazione, in quanto il bando lo avrebbe inserito espressamente tra quelli tecnici – professionali necessari.

Nella difesa della stazione appaltante si richiama, quindi, la sentenza del TAR Latina, n. 514/2016 - che ha escluso la possibilità di fare ricorso all'avvalimento ai soli fini di aumentare il punteggio di merito – al fine di dimostrare che l'avvalimento sarebbe stato lo strumento cui avrebbe potuto essere fatto ricorso dal concorrente privo del requisito e non anche la cooptazione.

Non si tratterebbe, dunque, di un requisito formale, ma di uno che deve necessariamente essere coperto dai requisiti posseduti dai partecipanti al raggruppamento.

Quanto alla coincidenza tra soggetto titolare della SOA e soggetto in possesso del requisito di prequalificazione, la stazione appaltante ha precisato che: *“già gli atti di gara contemplavano la compresenza in capo al medesimo soggetto dei due requisiti di qualificazione, come reso palese sia dalla circostanza che gli elementi di cui al punto II.2.4 e quelli di cui al punto II.2.9 del Bando erano stati cumulativamente richiamati ai successivi punti III.1.2 e III.1.3, sia dalla stessa ratio dei singoli requisiti di prequalifica, a ciascuno dei quali corrispondeva una delle specifiche lavorazioni caratterizzanti l'appalto e l'annessa certificazione SOA”*.

Nonostante quanto argomentato dalla stazione appaltante, il ricorso merita, però, positivo apprezzamento, previo superamento dell'eccezione di tardività, che risulta infondata, dal momento che è evidente che le censure che sono state mosse attengono alla non corretta applicazione del bando e non al bando in sé.

Invero, il paragrafo III.1.2. del bando, nell'indicare le condizioni di partecipazione, con riferimento alla capacità economica e finanziaria, richiama al fatto che i “criteri di selezione” sono quelli descritti nella sezione II.2.4 (in cui sono elencate le singole categorie di lavori che dovranno essere eseguiti, a qualificazione obbligatoria e non) e II.2.9. (dove sono indicati i requisiti di prequalificazione).

La previsione è, invero, caratterizzata da un'ambiguità che può essere risolta solo tenendo conto che né l'una, né l'altra, delle sezioni richiamate indicano come obbligatorio il possesso della qualificazione nella categoria OS1 e che, dunque, dovevano trovare applicazione i principi generali della materia e le specifiche disposizioni sulla prova del possesso dei requisiti, secondo quanto si chiarirà nell'esame del merito della questione.

Ai fini della valutazione dell'ammissibilità del ricorso, però, ciò può essere sufficiente al fine di dimostrare che quanto ha determinato la esclusione dalla gara della ricorrente non è stata la previsione del bando, ma l'interpretazione della clausola operata dalla stazione appaltante.

Né a diversa conclusione può condurre il fatto che quest'ultima avesse già anticipato la propria particolare lettura del bando in un chiarimento sollecitato proprio dall'odierna ricorrente, atteso che le risposte ai quesiti in fase di gara non possono certo né integrare o modificare il bando, ma non possiedono nemmeno quell'efficacia lesiva che può essere attribuita solo all'interpretazione dello stesso operata in sede di valutazione dell'ammissibilità della richiesta di invito presentata dal concorrente, in particolare laddove il testo della clausola del bando sia, come nel caso di specie, equivoco e l'interpretazione data nel chiarimento fornito non sia rispettosa del principio di legge sotteso, per quanto meglio si dirà nel prosieguo.

Superata l'eccezione in rito, la questione dedotta, benché unica e ancorché articolata in modo complesso non si presenta di agevole e pronta definizione, ma deve essere comunque definita con sentenza in forma semplificata, in ossequio a quanto imposto con il comma 6 *bis* dell'art. 120 del c.p.a., prendendo le mosse dall'art. 91 del d. lgs. 50/2016, il quale ammette che, nelle procedure ristrette, *"quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera"*, i candidati da invitare possano essere selezionati prevedendo dei criteri, i quali debbono essere fissati dalla stazione appaltante tenendo conto che essi debbono essere *"oggettivi e non discriminatori"* e comunque rispettosi del principio di proporzionalità.

La costruzione della norma è tale per cui può ritenersi che il legislatore abbia inteso riconoscere alla stazione appaltante quella facoltà, che già aveva nella vigenza del precedente codice, di superare il generale divieto di richiedere ulteriori requisiti, rispetto al possesso delle qualificazioni richieste dal bando, ogni qual volta *"lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera"*, ma al solo fine di selezionare i migliori tra gli operatori interessati a partecipare alla gara e non anche di escludere *tout court* quelli che non possiedano uno o più di essi.

Il secondo comma, infatti, oltre a precisare, che, ove ritenuto opportuno, per motivate esigenze di buon andamento, può essere previsto anche un numero massimo di imprese da invitare, chiarisce puntualmente che *"Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque."* e che le stazioni appaltanti debbono invitare un numero di candidati pari almeno al numero minimo.

La norma sembra lasciar sottintendere, dunque, che alla stazione appaltante è data la possibilità di operare una sorta di preselezione che consenta di invitare alla procedura ristretta solo gli operatori maggiormente qualificati, tra quelli comunque in possesso dei requisiti per la partecipazione, individuando tra questi ultimi almeno cinque che, chi più e chi meno, posseggano anche gli ulteriori requisiti selettivi e redigendo una graduatoria che, laddove le manifestazioni di interesse alla partecipazione alla gara fossero in numero superiore a quello massimo fissato dalla stessa stazione appaltante, consenta di individuare quelli con la maggiore specializzazione e qualificazione per l'esecuzione della specifica opera.

Cosa succeda nel caso in cui il numero di candidati che soddisfino i criteri di selezione sia inferiore al minimo di legge (cinque, nel caso in esame), lo spiega il penultimo periodo del secondo comma dell'art. 91 del d.lgs. 50/2016, il quale stabilisce che *"la stazione appaltante può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste"* e soltanto

quelli, essendo espressamente previsto il divieto di includere nella procedura, oltre a soggetti che non abbiano richiesto di partecipare, anche candidati che non abbiano le “capacità richieste”.

La risoluzione della controversia dipende, dunque, dallo stabilire cosa significhi “capacità richieste”.

A questo scopo soccorre l'articolo 83 del d. lgs. 50/2016, il quale stabilisce che gli operatori che intendono partecipare alle gare pubbliche debbono possedere, oltre ai requisiti di idoneità professionale, le capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale espressamente previsti dalla stazione appaltante nel bando, curando che requisiti e capacità ivi indicati siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

I requisiti che i concorrenti debbono possedere si distinguono, dunque, in requisiti di ordine generale (idoneità professionale) e requisiti di ordine speciale. I primi sono tradizionalmente definiti come “di ordine pubblico o di moralità” e consistono in condizioni soggettive del concorrente che ne garantiscono l'affidabilità morale. La loro mancanza determina sempre l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la possibilità della stipula del contratto.

I requisiti speciali, invece, attengono alla capacità professionale del concorrente e riguardano il possesso di specifiche capacità tecniche che garantiscano la competenza nell'espletare l'appalto a regola d'arte e la possibilità di far fronte agli impegni contrattuali assunti.

Nella loro individuazione, però, la stazione appaltante è tenuta, con riferimento agli appalti di lavori, a rispettare il sistema di qualificazione previsto dal DPR 207/2010.

Infatti, in attesa dell'attuazione del nuovo codice, che, all'art. 84, regola il “Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”, comunque sempre fondato sul sistema della qualificazione unica attraverso il sistema delle SOA, continua a trovare applicazione la disciplina di cui al d. lgs. 163/2006 e, conseguentemente, per quanto qui di interesse, il divieto di cui all'art. 60, comma 4, del DPR 207/2010, secondo cui “Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti” dal sistema di qualificazione”.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori, dunque, le capacità tecniche e professionali sono, ad oggi, attestate dal possesso delle qualificazioni SOA richieste nel bando in relazione alla tipologia di appalto per cui è gara.

L'ultimo periodo dell'ottavo comma dell'art. 83, inoltre, sancisce chiaramente, ricalcando quella che era la precedente disciplina, che “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”.

Considerato, dunque, che nessuna disposizione di legge prevede che la stazione appaltante possa richiedere, per l'affidamento di un appalto di lavori, quale requisito necessario a pena di esclusione, l'aver particolari capacità, quale quella di dimostrare di aver eseguito un fatturato minimo riferito ad una specifica lavorazione tra quelle previste dal progetto, alla luce della normativa vigente e, comunque, in linea con lo spirito della novella sopravvenuta, l'interpretazione fatta propria dalla stazione appaltante non può ritenersi conforme alla legge.

Ne consegue che l'unico significato attribuibile all'art. 91 è che alla gara debbono essere invitati comunque almeno cinque candidati, eventualmente selezionandoli anche tra coloro che non possiedano le particolare capacità indicate come criteri di preselezione ai sensi dell'art. 91 stesso, ma che abbiano comunque dimostrato i requisiti di capacità tecnica e professionale previsti dall'art. 83 e cioè di essere in possesso, oltre che dei requisiti di ordine generale, delle qualificazioni SOA espressamente richieste in relazione allo specifico appalto.

In altre parole, l'indisponibilità, per il candidato, del requisito oggettivo e non discriminatorio indicato per individuare le imprese che offrano maggiore affidabilità rispetto alla realizzazione di un'opera particolare e complessa, può determinare la sua non inclusione nella rosa delle stesse per effetto dell'attribuzione di un punteggio inferiore, ma non anche la sua esclusione dalla gara.

Deve, dunque, ritenersi che la stazione appaltante abbia, nel caso di specie, operato confusione tra quelli che sono i requisiti tecnici che debbono essere necessariamente posseduti per la partecipazione alla gara e quelli, ulteriori, fissati al fine di selezionare, tra i candidati, quelli in possesso della maggiore qualificazione (in senso oggettivo e non in termini di formale possesso di qualifiche SOA), potendo vantare una specifica esperienza nei termini indicati nella *lex specialis*.

La stazione appaltante ha, quindi, violato la legge sia nel ritenere che il requisito della pregressa esperienza, previsto per la prequalificazione, potesse essere necessario per la partecipazione alla gara, sia nel contestare al raggruppamento della ricorrente la mancanza del requisito rappresentato dal fatturato relativo alla particolare lavorazione degli abbattimenti rocciosi mediante preminaggi con microritardi, perché posseduto da una società qualificata come cooptata e priva della qualificazione SOA per la categoria OS1.

Il punto II.2.09) del bando, infatti, chiarisce in modo inequivocabile come ciò che avrebbe dovuto formare oggetto di valutazione al fine dell'attribuzione del punteggio per la redazione della graduatoria di preselezione è che il concorrente, singolo o in quanto partecipante ad un raggruppamento, abbia eseguito lavori per un importo pari alla soglia minima indicata, eventualmente anche sommando l'importo relativo a più partecipanti al raggruppamento o anche facendo ricorso, ma solo nel caso in cui il concorrente non possieda di per sé il requisito, all'istituto dell'avvalimento.

Ciò che è stato richiesto, dunque, non è che il concorrente fosse in possesso della qualifica OS1, che, invece, è stata puntualmente indicata come a qualificazione non obbligatoria (tant'è che il punto II.2.4. la indica specificamente come tale), ma che avesse specificamente eseguito un importo minimo di una delle tante prestazioni comprese in quella qualifica (ovvero, nel caso che ci occupa, abbattimenti rocciosi mediante preminaggi con microritardi).

Al raggruppamento costituito dall'odierna ricorrente hanno aderito la ditta Pesenti (mandante), in possesso della qualificazione in OS1 e la ditta Nitrex (mandante cooptata, che si è assunta una quota di partecipazione del 3,25 %, pari al 20 % dei lavori di cui alla categoria OS1), che ha il requisito di esperienza pregressa richiesto.

Il raggruppamento, dunque, ha dimostrato di possedere i requisiti di cui al bando, posto che da quest'ultimo non appare possibile, proprio perché il requisito è qualificato come oggettivo, desumere, né, come già chiarito, la necessità del possesso della qualificazione SOA in OS1, né,

tantomeno che fosse richiesta la coincidenza tra il soggetto titolare della qualificazione SOA per la lavorazione e quello che può dimostrare il requisito dell'effettiva esecuzione delle lavorazioni.

In ordine alla possibilità che il requisito possa essere posseduto da una società cooptata, peraltro, si ritiene opportuno precisare, sul piano oggettivo, che, nel caso di specie, quest'ultima ha eseguito lavori del tipo in questione per oltre due milioni: essa eseguirà solo il 20 % dell'importo dei lavori riconducibili alla categoria OS1, pari a 1.776.495,24 euro, ma tale 20 %, indicato nella richiesta di invito come pari all'importo di 355.299,05 euro, corrisponde a più del 75 % della specifica voce del computo metrico "*Abbattimento mediante preminaggi con microcariche*", il cui ammontare è stato quantificato in 437.531,86 euro. Può, dunque, presumersi che la lavorazione sarà quasi totalmente eseguita dalla ditta qualificata.

Ciò premesso, non appare rilevante, al fine di escludere la rilevanza del requisito posseduto dalla ditta Nitrex, il fatto che la stessa si fosse autodefinita come "mandante cooptata": espressione spesso utilizzata nel mondo degli appalti, ma che è in sé contraddittoria, in quanto presuppone il possesso di requisiti da "spendere" nella partecipazione al raggruppamento proprio in quanto mandante, ma, nel contempo, induce a presupporre la mancanza di requisiti di partecipazione in capo all'impresa che si qualifica anche come cooptata, dal momento che l'istituto della cooptazione è stato pensato proprio per consentire a soggetti privi di qualificazioni proprie di eseguire dei lavori al fine di poter poi ottenere la relativa attestazione SOA.

Due sono i rilievi che debbono essere fatti, con riferimento al caso di specie, a fronte di tale contraddizione in termini.

In primo luogo appare ancora più difficile comprendere a cosa intendesse riferirsi la Nitrex laddove si è qualificata come "mandante cooptata" e, in particolare, se abbia inteso fare o meno parte del raggruppamento: essa, infatti, nella propria domanda di partecipazione alla gara, ha dichiarato una percentuale/quota di partecipazione nel raggruppamento del 3,25 % e ha compilato la domanda stessa in modo del tutto analogo a quello delle altri mandanti, il che condurrebbe a escludere la possibilità di qualificare la stessa come cooptata.

Ne consegue che, a fronte della difficile comprensione della posizione di tale ditta, la stazione appaltante avrebbe dovuto quantomeno esercitare il soccorso istruttorio al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla reale volontà della ditta in questione e, dunque, alla sua corretta qualificazione come mandante o come cooptata.

In ogni caso, la Nitrex è indubabilmente uno dei soggetti cui è demandata l'esecuzione della maggior parte della lavorazione per cui era richiesta la particolare esperienza pregressa e, dunque, il requisito, che non è di qualificazione, ma correlato all'esecuzione dei lavori, ben poteva essere posseduto da essa a prescindere dalla sua posizione all'interno del raggruppamento.

Del resto, il bando è generico laddove prevede che i requisiti elencati al punto II.2.9 saranno utilizzati per la selezione degli "operatori economici" da invitare e, ai sensi dell'art. 92, comma 5, l'operatore può essere costituito anche da un concorrente, singolo o in raggruppamento, che raggruppi, a sua volta, altre imprese cui affidare una parte dei lavori non superiore al venti per cento. In assenza di uno specifico divieto o di una prescrizione più precisa non può, quindi,

escludersi che il requisito oggettivo di prequalificazione potesse essere posseduto da una cooptata, anziché da una delle imprese partecipanti al raggruppamento.

Ciò anche considerato che, ai sensi del quinto comma dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010 la cooptazione di imprese qualificate per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando è ammessa a condizione che *“il concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo [abbiano] i requisiti di cui al presente articolo [si tratta appunto dei requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi]”*. Requisito che, nel caso di specie è incontestatamente posseduto, in termini di certificazione SOA, dalla mandante Pesenti.

Anche qualora fosse da qualificarsi come cooptata, dunque, il possesso del requisito in capo alla Nitrex avrebbe dovuto essere considerato sufficiente ad assicurare quanto richiesto dal bando, non potendosi ritenere, in base a quanto più sopra esplicitato, che esso fosse rilevante come requisito di qualificazione ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 50/2016.

Anche per queste ragioni, dunque, l'esclusione dalla gara deve ritenersi illegittima.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Condanna la Bergamo Parcheggio s.p.a. al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore della ricorrente, nella somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Primo Referendario