

Giurisprudenza

n. 6 -2010 - © copyright

T.A.R. SARDEGNA - SEZIONE I - Sentenza 28 maggio 2010 n. 1361

Alessandro Maggio, Presidente FF Grazia Flaim, Consigliere, Estensore
C. S.A. (avv.ti M. Barberio e S. Porcu) contro COMUNE DI QUARTU SANTELENA
(avv. C. A. Melis Costa) e nei confronti di R.T.I. S. Spa -A. S. Scarl (avv.ti
S. Baccolini, F. Rizzo e M. Vignolo); R.T.I. IT srl - I. E T. P
L'I. D. C. E D I. - C. S. Spa; G. Spa Socio Unico anche in veste di RICORRENTE
INCIDENTALE (avv.ti N. Creuso e R. Di Tucci); con l'intervento di ad opponendum
del CONSIGLIO NAZIONALE DEI PERITI INDUSTRIALI E DEI PERITI
INDUSTIALI LAUREATI (avv.ti G. Ferri ed E. Spinass) e del p.i. R. T.
(Perito industriale-Progettista Responsabile per Smail-Aristea) ed altri
ricorsi riuniti (Omissis)

1. Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento - Condizioni - Impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione "diretta" della partecipante le 'risorse' necessarie e correlate al requisito tecnico richiesto - Necessità.

2. Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento - Condizioni - Disponibilità immediata delle risorse dell'impresa ausiliaria - Necessità

3. Contratti della p.a. - Gara - Requisiti morali - Art. 38, D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. - Soggetti tenuti alla dichiarazione di condanne penali - Procuratore dell'impresa - Vi rientra.

1. In tema di avvalimento di requisiti in gare d'appalto, la necessità, imposta dal legislatore, di produrre sia la "dichiarazione" di avvalimento sia il "contratto" stipulato con l'impresa ausiliaria non può tradursi in incombenze meramente formali, ma deve sostanziarsi nell'impegno concreto a mettere a disposizione "diretta" della partecipante le 'risorse' necessarie e correlate al requisito tecnico richiesto, la cui sola titolarità, in proprio o a mezzo di avvalimento, consente la partecipazione alla gara dell'impresa. Pertanto, la soddisfazione del requisito può dirsi raggiunta solo ove sia dimostrata, con il contratto di avvalimento, la concreta disponibilità delle risorse sottostanti il requisito tecnico previsto dal bando (il Collegio, ha escluso che l' avvalimento possa limitarsi ad un oggetto vago ed indeterminato, come l'impegno dell'ausiliaria a fornire "informazioni, proposte, suggerimenti e consigli" all'impresa ausiliata).

2. L' avvalimento previsto dall'art. 49, D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 63 e s.m.i., implica che il concorrente, che abbia dichiarato di volersi avvalere delle risorse di una impresa ausiliaria, di esse deve avere una , nel senso che, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, deve poterle usare per eseguire il contratto senza l'intermediazione della suddetta impresa.

3. Nelle gare pubbliche, i requisiti morali e professionali devono essere valutati in capo a tutti i soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti, avuto riguardo alle funzioni sostanziali da essi svolte più che alle qualifiche formali possedute, dovendosi l'obbligo della dichiarazione delle condanne eventualmente riportate ritenere esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di "amministratore" con potere di rappresentanza, ma anche al "procuratore" dell'impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul primo ricorso numero di registro generale 1181 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: **C. S.A. (società francese)**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, via Garibaldi N.105;

contro

COMUNE DI QUARTU SANT'ELENA in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Augusto Melis Costa, con domicilio eletto presso Carlo Augusto Melis Costa in Cagliari, piazza Giovanni XXIII N.35;

nei confronti di

-**R.T.I. S. Spa -A. S. Scarl**, rappresentato e difeso dagli avv.ti Stefano Baccolini, Francesco Rizzo e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso Marcello Vignolo in Cagliari, piazza del Carmine N.22; -**R.T.I. IT srl - I. E T. PER L'I. DELLE C. E DEGLI I.- C. S. Spa**; -**G. Spa Socio Unico**, in questo ricorso anche in veste di **RICORRENTE INCIDENTALE**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Creuso e Raffaele Di Tucci, con domicilio eletto presso Raffaele Di Tucci in Cagliari, via Tuveri N.47;

e con l'intervento di

ad opponendum: -del **CONSIGLIO NAZIONALE DEI PERITI INDUSTRIALI E DEI PERITI INDUSTRIALI LAUREATI**, rappresentato e difeso dall'avv. Guerino Ferri, con domicilio eletto presso Emanuele Spinassas in Cagliari, via Palomba N.1; -del **p.i. R. T. (Perito industriale-Progettista Responsabile per Smail-Aristea)**, rappresentato e difeso dagli avv.ti Benedetto Ballero, Antonio Oddo e Ciro Pisano, con domicilio eletto presso Benedetto Ballero in Cagliari, corso Vittorio Emanuele N.76; Sul secondo ricorso numero di registro generale 25 del 2010, proposto da: **G. Spa Socio Unico**, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Campanile, Nicola Creuso, Raffaele Di Tucci e Stefania Lago, con domicilio eletto presso Raffaele Di Tucci in Cagliari, via Tuveri N.47;

contro

COMUNE DI QUARTU SANT'ELENA, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

S. S. M. I. Spa, (anche come Capogruppo ATI con A. SERVICE Soc Coop Arl), in questo ricorso anche in

veste di RICORRENTE INCIDENTALE, rappresentato e difeso dagli avv.ti Franco Mastragostino e Cristiana Carpani, con domicilio eletto presso Marcello Vignolo in Cagliari, piazza del Carmine N.22;

e con l'intervento di

ad opponendum: -del **CONSIGLIO NAZIONALE DEI PERITI INDUSTRIALI E DEI PERITI INDUSTRIALI LAUREATI**, rappresentato e difeso dall'avv. Guerino Ferri, con domicilio eletto presso Emanuele Spinassas in Cagliari, via Palomba N.1; -del **p.i. T. R. (Perito industriale-Progettista Responsabile per Smail-Aristea)** rappresentato e difeso dagli avv.ti Benedetto Ballero, Antonio Oddo e Ciro Pisano, con domicilio eletto presso Benedetto Ballero in Cagliari, corso Vittorio Emanuele N.76;

per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,

quanto al primo ricorso C. n. 1181 del 2009:

-della determinazione n. 2922 del 3.11.2009, Settore Ambiente e Servizi Tecnologici del Comune di Quartu Sant'Elena, mai inviata, mediante la quale è stata aggiudicata a favore del R.T.I SMAIL S.p.a - ARISTEA. la procedura aperta relativa ai "Servizi di gestione integrata degli impianti di illuminazione e realizzazione di interventi di efficacia energetica, di rifacimento e adeguamento normativo degli impianti";

-della nota di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione prot. 5350 in data 4.11.2009 a firma del Responsabile del procedimento del Comune di Quartu Sant'Elena (doc. 1);

-del provvedimento di ammissione alla gara di R.T.I. SMAIL S.p.a. - ARISTEA Service Soc. Coop. a r.l.,

-del provvedimento di ammissione alla gara di R.T.I. I.T. S.r.l. Innovazione e Tecnologie per l'Industria delle Costruzioni e degli Impianti - COFATECH Servizi S.p.a.;

-del provvedimento di ammissione alla gara di GEMMO S.p.a.;

-dei verbali di gara: n. 1 in data 21.04.2009 (doc. 2); n. 2 in data 28.04.2009 (doc. 3); n. 3 in data 4.05.2009 (doc. 4); n. 4 in data 7.05.2009 (doc. 5); n. 5 in data 8.05.2009 (doc. 6); n. 6 in data 11.05.2009 (doc. 7); n. 7 in data 14.05.2009 (doc. 8); n. 8 in data 15.05.2009 (doc. 9); n. 9 in data 20.05.2009 (doc. 10); n. 10 in data 25.05.2009 (doc. 11); n. 11 in data 27.05.2009 (doc. 12); n. 12 in data 19.06.2009 (doc. 13); n. 13 in data 22.06.2009 (doc. 14); n. 14 in data 1.07.2009 (doc. 15); n. 15 in data 3.07.2009 (doc. 16); n. 16 in data 6.07.2009 (doc. 17); n. 17 in data 7.07.2009 (doc. 18); n. 18 in data 8.07.2009 (doc. 19); n. 19 in data 14.07.2009 (doc. 20); n. 20 in data 15.07.2009 (doc. 21); n. 21 in data 16.07.2009 (doc. 22); n. 22 in data 20.07.2009 (doc. 23); n. 23 in data 22.07.2009 (doc. 24); n. 24 in data 29.07.2009 (doc. 25); n. 25 in data 31.07.2009 (doc. 26); n. 26 in data 6.08.2009 (doc. 27);

-del verbale n. 27 in data 10.08.2009 di aggiudicazione provvisoria (doc. 28);

-del bando di gara (doc. 29) e del disciplinare di gara (doc. 30);

-della determinazione del Dirigente del Settore Ambiente e Servizi Tecnologici di indizione della gara n. 3919 del 31.12.2008,

-della determinazione n. 861 del 20.04.2009 di nomina della commissione di gara,

- del capitolato speciale d'appalto (doc. 30 bis),

tutti nella parte in cui hanno ammesso, non escluso e/o consentito la partecipazione alla gara dei raggruppamenti temporanei e delle imprese controinteressate e hanno consentito che la gara venisse aggiudicata al RTI SMAIL S.p.a- ARISTEA.

quanto al secondo ricorso GEMMO n. 25 del 2010:

della determinazione n. 2922 del 03/11/2009 del Settore Ambiente e Servizi Tecnologici del Comune di Quartu S. Elena, con cui è stata aggiudicata a favore dell' associazione di imprese SMAIL - ARISTEA la gara relativa ai "servizi di gestione integrata degli impianti di illuminazione e realizzazione di interventi di efficacia energetica, di rifacimento e adeguamento normativo degli impianti" - GIC 0257896681;

della nota di comunicazione dell' avvenuta aggiudicazione prot. 5350 in data 04/11/2009 a firma del Responsabile del procedimento del Comune di Quartu Sant' Elena;

del provvedimento di ammissione alla gara del raggruppamento SMAIL s.p.a. - ARISTEA Service Soc. Coop. a r.l.;

dei verbali di gara: n.1 in data 21/04/2009; n. 2 in data 28/04/2009; n.3 in data 04/05/2009; n.4 in data 07/05/2009; n. 5 in data 08/05/2009; n.6 in data 11/05/2009; n. 7 in data 14/05/2009; n. 8 in

data 15/05/2009; n. 9 in data 20/05/2009; n. 10 in data 25/05/2009; n. 11 in data 27/05/2009; n. 12 in data 19/06/2009; n. 13 in data 22/06/2009; n. 14 in data 01/07/2009; n. 15 in data 03/07/2009; n. 16 in data 06/07/2009; n.17 in data 07/07/2009; n. 18 in data 08/07/2009; n. 19 in data 14/07/2009; n. 20 in data 15/07/2009; n.21 in data 16/07/2009; n.22 in data 20/07/2009; n. 24 in data 29/07/2009; n. 25 in data 31/07/2009; n. 26 in data 06/08/2009;
del verbale n. 27 in data 10/08/2009 di aggiudicazione provvisoria (tutti i verbali sub doc. n. 2)
e, comunque, di tutti gli atti della procedura nella parte in cui hanno ammesso, non escluso e/o consentito la partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo SMAIL - ARISTEA e hanno aggiudicato a loro la commessa.

Visti i due ricorsi ed i motivi aggiunti formulati nel (primo) ricorso di CITELUM, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Quartu Sant'Elena in Persona del Sindaco P.T (solo nel primo ricorso).;
Visti i due atti di costituzione in giudizio di SMAIL-ARISTEA Spa, aggiudicataria, (anche ricorrente incidentale, ma solo nel secondo ricorso);
Visti i due atti di costituzione in giudizio di GEMMO Spa - Socio Unico, seconda graduata, (anche ricorrente incidentale, ma solo nel primo ricorso);
visto il ricorso incidentale notificato e depositato da GEMMO nel primo ricorso (promosso da CITELUM);
Visto il ricorso incidentale notificato e depositato da SMAIL Smail Societa' Manutenzione Illuminazione Spa, anche quale Capogruppo Ati con ARISTEA, nel secondo ricorso (proposto da GEMMO);
Visti i due interventi "ad opponendum" depositati e notificati (in entrambi i ricorsi) dal Consiglio nazionale dei periti industriali;
Visti i due interventi "ad opponendum" depositati e notificati (in entrambi i ricorsi) dal perito industriale Tedeschi, responsabile del gruppo misto di progettazione (composto sia da ingegneri che da periti industriali) per conto di Smail Aristeia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14/04/2010 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori Barberio (per Citelum), Creuso (per Gemmo), Rizzo e Carpani (per Smail, rispettivamente, per il primo e per il secondo ricorso), Ferri (per il Consiglio nazionale dei periti industriali), Oddo e Ballero (per il p. i. Tedeschi), Melis per il Comune (solo nel primo ricorso);
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Quartu Sant'Elena decideva di indire una gara per l'affidamento della gestione del servizio di illuminazione pubblica di tutto il territorio comunale per la durata di anni 20, comprensivo della realizzazione di una serie di lavori/interventi volti al risparmio energetico ed al rimodernamento e miglioramento della rete.

Il bando emanato il 31.12.2008 prevedeva un'articolata serie di attività, miste fra "gestione" (individuata quale prestazione principale) e "lavori" (individuata come prestazione secondaria).

Si precisa fin da subito che erano state previste due tipologie di "lavori":

-quelli preliminari, essenziali, che risultavano già specificamente previsti ed individuati dall'ente comunale in sede di bando -cfr. art. 4 capitolato speciale- (suscettibili, come tali, di ribasso) ;

-quelli a contenuto, per così dire "libero", che il partecipante doveva individuare con opere migliorative autoproposte -cfr. art. 5 cap. spec.-.

Il compenso per il servizio/lavori era di articolata e complessa individuazione.

Preliminarmente va chiarito, come emerge a pagina 16 del capitolato speciale d'appalto, che "l'importo complessivo indicato nel quadro generale d'appalto (€ 1.658.299,65) sarà integralmente corrisposto all'aggiudicatario, essendo ".

Il partecipante, in estrema sintesi, in sede di offerta economica doveva presentare una serie di indicazioni economiche (variegate sia per importi -ribassi-, che per modalità di recupero -tramite ratei annuali per 20 anni-); in particolare doveva indicare :

1) il "risparmio netto attualizzato medio annuo" sul costo di "fornitura dell'energia" (indicatore "F"), con elaborazione di un Piano di ammortamento in modo da ripartire i risparmi in vent'anni; inoltre andava compiuta un'indicazione "separata" fra "quota di risparmio trattenuta dall'appaltatore per il recupero degli investimenti di efficienza energetica gestionale (colonna B di pag. 2 dell'offerta) e "Risparmio netto" a beneficio dell'Amministrazione e da destinarsi agli interventi eventuali ulteriori di cui all'art. 5 del capitolato speciale (colonna C di pag. 2 dell'offerta);

- 2) ribasso d'asta sul canone annuo (in percentuale, in cifre ed in lettere) - (indicatore "K1");
- 3) ribasso d'asta sull'elenco prezzi (in percentuale ed in lettere) - (indicatore "PE");
- 4) esecuzione dei "lavori previsti dal progetto preliminare posto a base di gara" (disciplinati all' art. 4 del capitolato speciale) per una determinata "rata annua costante di ammortamento lavori" (al netto di Iva) - (indicatore "L") da indicarsi nell'importo -in cifre e in lettere-, con specifica ed espressa indicazione della "riduzione" (indicatore "K2") rispetto all'importo annuo posto a base di gara per l'esecuzione di questi interventi preliminari strutturali;
- 5) un ulteriore Piano di ammortamento (pag. 6 dell'offerta -art. 5 del capitolato speciale) in relazione agli "EVENTUALI ULTERIORI INTERVENTI" di ammodernamento degli impianti in aggiunta sia rispetto a quelli minimi previsti nel progetto preliminare posto a base di gara (art. 4), sia rispetto a quelli diretti a generare risparmi di natura energetica gestionale (art. 3), con indicazione della "rata annua costante" (al netto di Iva), per la quale il partecipante si dichiarava disposto ad eseguire tali "eventuali ulteriori interventi di rinnovamento".

Preme precisare che questi "eventuali ulteriori interventi" in base alla disciplina stabilita del capitolato speciale d'appalto sarebbero, quindi, stati, in sostanza, remunerati "mediante i ribassi d'asta formulati dal concorrente sulle tre componenti economiche (risparmi/ribassi da: gestione e manutenzione, quota-energia, lavori iniziali).

Quindi i lavori previsti in appalto erano di tre tipi:

- a) lavori contemplati all'articolo 3 del capitolato speciale (inerenti la messa in opera delle apparecchiature, degli impianti e dei sistemi finalizzati a generare risparmi di natura energetica gestionale), che sarebbero stati ripagati mediante il trattenimento di "una quota parte delle somme derivanti dal risparmio energetico e dalle economie gestionali" (colonna B di pag. 2 dell'offerta);
- b) lavori contemplati all'articolo 4 (progettazione ed esecuzione dei lavori iniziali diretti al parziale rifacimento degli impianti, alla manutenzione straordinaria ed ammodernamento, interventi volti a migliorare l'efficienza energetica, adeguamento normativo, messa in sicurezza e contenimento dell'inquinamento luminoso -cfr. pag. 15 del Disciplinare e art. 4 del Capitolato speciale-), già stabiliti dall'amministrazione sulla base del progetto preliminare posto a base di gara, lavori "iniziali" che sarebbero stati "anticipati" dall'appaltatore e ripagati mediante l'introito di ratei di ammortamento annuali corrisposti dall'amministrazione, per 20 anni, secondo le previsioni di un piano d'ammortamento finanziario proposto dall'appaltatore stesso sede di offerta; in particolare questa rata annua costante al netto di Iva offerta dall'appaltatore per tali lavori non poteva superare l'importo annuo posto a base di gara (€ 534.299 al netto, come risultante da pag. 15 del disciplinare) - così nota n. 6 della pagina 7 dell'offerta-;
- c) lavori contemplati all'articolo 5 ("eventuali ulteriori interventi" di rinnovamento ed ammodernamento degli impianti di illuminazione pubblica) che sarebbero stati ripagati mediante l'introito di ratei d'ammortamento derivanti da 3 voci:

- (quota-parte) dei risparmi energetici annui eventualmente spettanti all'amministrazione;
- del ribasso d'asta offerto sul canone annuo di manutenzione;
- del ribasso d'asta offerto sul canone annuo diretto a remunerare i lavori iniziali preliminari contemplati all'articolo 4.

L'articolata disciplina la si rinviene agli artt. 3-4-5 , 9-10 e 36 e seguenti del disciplinare di gara, nonché a pag. 17 del Capitolato speciale .

Peraltro si evidenzia fin d'ora che solo nella "nota" n. 3 posta, in calce, a pagina 6 del modello prestampato dell'offerta veniva fornita l'ulteriore indicazione (peraltro sprovvista di specifica sanzione a fini escludenti) secondo la quale "la rata annua costante per la compilazione del presente piano di ammortamento "deve necessariamente coincidere" con la somma dei seguenti tre importi: F + K1 + K2". Analoga previsione non la si rinviene invece nel capitolato speciale e nel disciplinare, atti che prevedono solo che gli "eventuali ulteriori interventi" debbono trovare copertura dalle tre voci di risparmio.

La graduatoria complessiva finale, deliberata dalla Commissione nel verbale n. 27 del 10.8.2009, è stata fatta propria dal dirigente competente con determinazione n. 2922 del 3 novembre 2009, che ne ha disposto l'aggiudicazione a Smail-Aristera sulla base della seguente graduatoria:

- 1°) SMAIL-ARISTEA prima con punti 82,42;
- 2°) GEMMO con punti 75,64;
- 3°) IT-COFATHEC con punti 66,44;
- 4°) CITELUM con punti 59,08.

1°) PRIMO RICORSO 1181/2009 CITELUM C/ TUTTI i 3 anteposti (Smail-Aristera; Gemmo; It-Cofathec).

Con il primo ricorso, consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 2 dicembre 2009 e depositato il successivo 4 / 12, la società francese CITELUM (collocatasi al quarto ed ultimo posto in graduatoria finale) ha impugnato gli esiti della gara svolta dal comune di Quartu Sant'Elena.

Queste, in sintesi, le 11 censure formulate:

A) si contesta innanzitutto l'ammissione di SMAIL-ARISTEA (prima classificata e aggiudicataria del servizio) per i seguenti profili:

I 1 A) la progettazione per Smail è stata eseguita da un "perito industriale", cioè da un tecnico che, in base all'articolo 16 del regio decreto n. 275 dell'11/ 2 /1929 , non avrebbe la competenza necessaria per effettuare il complesso "progetto gestionale e manutentivo", in particolare privo delle conoscenze per poter autonomamente compiere i "progetti" per scavi e calcoli in cemento armato dei plinti di fondazione dei pali di illuminazione pubblica;

I 2 A) Aristeia non avrebbe idonea certificazione di qualità né adeguata iscrizione alla CCIAA, in quanto dalla documentazione emergerebbe la capacità di "progettare" ed "eseguire" i lavori, ma non anche quella di "gestire" gli impianti; e la gestione rappresenta la prestazione principale dell'appalto; tenuto conto che Aristeia, in base all'offerta, si è impegnata a svolgere il 50% della gestione (prestazione primaria) nonché il 50% della progettazione/esecuzione lavori (prestazione secondaria) il raggruppamento Smail-Aristea non avrebbe potuto essere ammesso alla gara;

I 3 A) il RTI Smail-Aristea non avrebbe dimostrato il requisito tecnico professionale della gestione, complessivamente, di almeno 5000 centri luminosi (almeno 2000 per la capogruppo; almeno 500 per la mandante) , in quanto nel contratto stipulato il 3.7.2002 con il comune di San Lazzaro (con Manutencoop-Aristea) mancherebbe il dato di riferimento; in ogni caso l'oggetto di quel contratto andrebbe attribuito solo "in quota" ad Aristeia in quanto mandante, insieme ad altre 3, con Manutencoop capogruppo.

**

B) La ricorrente Citelum contesta anche l'ammissione del RTI. IT-COFATHEC (terza in graduatoria) per i seguenti profili:

I 4 B) IT-COFATHEC non avrebbe il certificato di qualità aziendale per la "gestione", avendolo solo per la "costruzione, installazione e manutenzione di impianti elettrici civili di pubblica illuminazione";

I 5 B) entrambe le società raggruppate non avrebbero la SOA adeguata (cioè 6[^] e 4[^]), in quanto risulta che hanno solamente la 5[^] e la 3[^]; in particolare per la categoria "lavori" -attività secondaria- (per l'importo globale di netti € 8.441.832) era necessaria la SOA di sesta categoria (in quanto l'80% di competenza di IT ammonterebbe a 6.753.465), ed era necessaria la SOA di quarta categoria per l'esecuzione della quota del 20%, di spettanza di Cofathec, ammontante ad euro 1.688.366; (in considerazione del fatto che la quinta categoria abilita a lavori fino ad euro 5.164.569 e la terza categoria abilita a lavori fino a euro 1.032.913 e).

I 6 B) Cofathec si è "avvalsa" di "Publiluce" (sua controllata), ma non ha provveduto a depositare la SOA dell'ausiliaria; sebbene il bando non richiedesse il deposito della SOA dell'ausiliaria, tale obbligo è comunque prescritto per legge dall'articolo 49 comma 2° del codice 163/2006; l'omessa presentazione, da qualificarsi essenziale, avrebbe effetti escludenti;

I 7 B) la dichiarazione di ausilio alla mandante Cofathec sarebbe comunque insufficiente in quanto in realtà l'obbligazione doveva essere assunta (non solo nei confronti della mandante, ma anche) nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese It- Cofathec; insufficienza della dichiarazione di avalimento anche sotto altro profilo, essendo necessaria anche l'esistenza ed il deposito del contratto di avalimento, con impegno in favore dell'RTI; non sarebbe cioè sufficiente il dimostrato rapporto tra alla mandante di ausiliaria ma sarebbe necessaria anche l'esibizione del titolo (contratto) tra il RTI e l' ausiliaria Publiluce.

**

C) La ricorrente Citelum contesta anche l'ammissione di GEMMO (seconda in graduatoria) per i seguenti profili:

I 8 C) mancherebbe, per i requisiti generali, la dichiarazione di Franco GEMMO (deceduto) institore fino al 12 maggio 2008; in particolare in relazione alla sua posizione risulterebbero due condanne (1 ammenda del 1968 e 1 sentenza patteggiata del 1990),.

I 9 C) GEMMO si è "avvalsa" di altra società "CPL CONCORDIA" per il requisito dei 5000 centri luminosi, la quale ha un contratto con il comune di Correggio per 5110 punti luce; ma la ricorrente Citelum contesta che nel sito-web di CPL Concordia, risulterebbero attivati, in tale Comune, solamente 4.700 punti luce (risulta peraltro depositata la dichiarazione del dirigente comunale del 17 luglio 2008 contenente tutti i riferimenti contrattuali, ove si attesta che CPL Concordia provvede al 100% per il servizio di illuminazione pubblica e manutenzione impianti elettrici).

**

D) Infine Citelum contesta, sotto un duplice profilo, le modalità di esplicazione dell'offerta economica: sia quella proposta da RTI Smail-Aristea (aggiudicataria), sia quella presentata dalla terza graduata It-Cofathec per il fatto che la rata annua di ammortamento degli "eventuali ulteriori interventi" di ammodernamento degli impianti avrebbe dovuto "coincidere" con la somma di tre importi (F+K1+K2); si sostiene che la rata annuale non sarebbe potuta essere né superiore (come nel caso di Smail-Aristea),

nè inferiore (come avvenuto nel caso di It Cofathec).

In sostanza con il laborioso calcolo previsto dal bando la ricorrente lamenta (in violazione degli artt. 5 e 9 del Capitolato speciale nonché del modello C-offerta economica, in particolare "nota in calce" n. 3 di pag. 6) che:

I 10 D) RTI SMAIL-ARISTEA (aggiudicataria) avrebbe indicato, in sede di offerta economica (pag. 6 - articolo 5 del capitolato) una "rata annuale costante" per gli "eventuali ulteriori interventi" (rateo che il Comune non deve pagare all'esecutore del servizio, ma che è figurativo e recuperato con i ribassi/risparmi) di € 475.667, cioè di importo maggiore (e non coincidente) rispetto alla sommatoria indicata per i tre valori che "alimentano la voce" (F+K1+K2, cioè "quota risparmio energia" + "ribasso sul canone di manutenzione" + "riduzione lavori di cui al progetto preliminare"), che invece risulta essere di soli euro 330.088,85;

I 11D) RTI IT-COFATHEC (terzo graduato) ha indicato una rata annua per "eventuali ulteriori lavori" di € 112.341,66, importo che non coincide con la sommatoria (F+K1+K2), che invece è di € 125.858,50 .

Con i Motivi Aggiunti consegnati per la notifica, in proprio, all'agente postale il 2 gennaio 2010 e depositati il successivo 5/1, CITELUM ha formulato tre ulteriori e nuove censure (le prime 2 contro l'ammissione di GEMMO; la terza contro l'ammissione di SMAIL-ARISTEA) per eccesso di potere per carenza di istruttoria e per travisamento dei fatti - violazione del giusto procedimento - omessa documentazione amministrativa (riproponendo, inoltre, con nuova notifica, tutte le altre censure già contenute nel ricorso originario - da pag. 10 a pag. 27-, con rettifica dei dati contenuti, per l'ultimo vizio, nel prospetto riepilogativo economico inerente gli "eventuali ulteriori lavori" proposti da Smail-Aristea).

In particolare Citelum sostiene, con i nuovi motivi aggiunti:

I 12-Mot.Agg.) illegittima l'ammissione alla gara (e mancata doverosa necessaria esclusione) di GEMMO spa (secondo graduato) per quanto attiene la "conferita attività di progettazione a professionisti esterni", in quanto l'"indicazione" dei professionisti esterni (società I-Dea srl, società di progettazione) non sarebbe inquadrabile né in termini di avvalimento (art. 49 Codice), né in termini di RTI ; in definitiva non si comprenderebbe a quale titolo la società I-Dea parteciperebbe alla gara (in realtà l'indicazione è avvenuta in applicazione dell'art. 53 -specifico per l'attività di progettazione lavori-, che convive con l'art. 49);

I 13-Mot.Agg.) illegittima l'ammissione alla gara (e mancata doverosa necessaria esclusione) di GEMMO spa (secondo graduato) per quanto attiene l'omessa dichiarazione sui requisiti generali (art. 38 Codice) per 5 "procuratori": Ascione Ciro, Albensi Marina, Ricci Paolo, Ferro Marco e Troiani Ugo;

I 14-Mot.Agg.) illegittima l'ammissione alla gara (e doverose necessaria esclusione) del RTI Smail-Aristea per omessa dimostrazione di concrete "misure di dissociazione" da parte della società rispetto all'amministratore Aldino Cavallina (condannato con patteggiamento nel 1993, e la sentenza è stata dichiarata dal legale rappresentante di Aristea in sede di domanda di partecipazione alla gara) dimessosi volontariamente dalla cooperativa nel febbraio/marzo 2006, con conseguente cessazione dalla carica di vicepresidente del consiglio di amministrazione.

Vengono inoltre rinnovate, con i motivi aggiunti, tutte le censure già sollevate, nel ricorso principale (da pagina 4 a pag. 21) , con riformulazione, modifica e correzione -per quanto attiene l'ultimo motivo sollevato con il ricorso principale-, della tabella riferita all'offerta economica di SMAIL-Aristea (concernente la parte dell'offerta correlata alla proposta degli "eventuali ulteriori interventi di ammodernamento") , con l'indicazione del diverso dato (corretto) per quanto concerne la "rata annuale ulteriori lavori" (475.667 in luogo di 405.147).

Con RICORSO INCIDENTALE consegnato per la notifica, in proprio, all'agente postale il 22 gennaio 2010 e depositato il successivo 26/1 la GEMMO ha contestato, nel primo ricorso, l'ammissione di CITELUM alla gara e la sua mancata esclusione per le seguenti 2 ragioni:

I inc.1) omessa indicazione tra gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e cessati, nel triennio, dei Signori Bonardi Raffaele -preposto- e Scalchi Alberto -ex preposto- alla sede italiana di Citelum, con pieni poteri di rappresentanza; tali soggetti avrebbero pieni poteri sia di gestione che di rappresentanza in Italia e, come tali, rientrerebbero necessariamente nel novero dei soggetti dotati di effettivi sostanziali poteri di amministrazione e di rappresentanza della società, con conseguente obbligo di dichiarazione del possesso dei requisiti di idoneità generale da parte degli stessi o, quanto meno delle omologhe dichiarazioni del legale rappresentante della società con riferimento a detti soggetti;

I inc. 2) con la seconda censura GEMMO sostiene che i "costi della sicurezza" -correlati ai lavori già "previsti nel progetto preliminare" posto a base di gara- non erano suscettibili di ribasso (come espressamente disposto nel disciplinare a pagina 17 -lettera b), a differenza degli oneri di sicurezza relativi alle altre due tipologie di lavori ("iniziali" nonché "eventuali ed ulteriori" -lettere a /c); illegittimamente quindi Citelum avrebbe modificato -senza fornire alcuna spiegazione-i valori indicati

come intangibili dalla stazione appaltante (rispettivamente 73.840 e 85.100), in particolare riducendo il secondo valore ad € 10.759,13 (oneri di sicurezza correlati alla seconda sottovoce "altri lavori", contemplati all'art. 4 del capitolato speciale) ; il ribasso (della voce non ribassabile di 85.100 euro) comporterebbe la violazione del d.p.r. 222/2003 e del decreto legislativo 163/2006 nonché eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti.

In definitiva la GEMMO chiede l'accoglimento del ricorso incidentale (volto ad ottenere l'esclusione di Citelum) e la conseguente declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale formulato da Citelum.

Si sono costituiti nel primo ricorso 1181/2009 CITELUM:

-il Comune di Quartu S. Elena sostenendo l'infondatezza del ricorso principale, evidenziando in particolare che è già intervenuta la consegna e l'avvio dell'esecuzione dell'appalto (11 novembre 2009), attualmente in corso;

-il Consiglio Nazionale dei Periti Industriali sostenendo, con "intervento ad opponendum", l'infondatezza della censura n. I 1 A), al fine di ottenere il riconoscimento della competenza professionale, in materia di progettazione di impianti elettrici, dei periti industriali;

- il Perito Industriale progettista (Tedeschi) sostenendo, con "intervento ad opponendum", anch'esso l'infondatezza della censura I 1 A);

-la controinteressata Smail-Arstea (aggiudicataria) che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso principale;

-la controinteressata Gemmo, che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso principale; nonché proposto, anche, ricorso incidentale (come si è visto contro l'ammissione di Citelum alla gara).

II°) SECONDO RICORSO 25 /2010: GEMMO c/ SMAIL-ARISTEA.

RICORSO PRINCIPALE.

Con il secondo ricorso la GEMMO (seconda graduata) ha impugnato l'esito gara, con ricorso consegnato per la notifica, in proprio, all'agente postale il 31 dicembre 2009 e depositato in data 12/1, sostenendo che l'aggiudicataria Smail -Arstea avrebbe dovuto essere esclusa dall'amministrazione, per le seguenti 8 ragioni:

Il 1) la società mandataria Smail spa (già Acea Luce spa) gode di "affidamenti diretti", senza procedura ad evidenza pubblica, in altri Comuni (Frascati, Grottaferrata, Valmontone, Trevignano Romano, Canale Monterano, Bracciano, Rocca di Papa, Velletri, Oriolo Romano, Vejano, Pietradefusi, Palagonia e, soprattutto, Foggia), in quanto subentrata ad Acea luce spa, che era una società pubblica; come tale Smail non avrebbe potuto partecipare alla gara, stante il vincolo derivante dall'articolo 113 del testo unico 267/2000, come modificato dall'articolo 23 bis della legge 133 del 6/8/2008 (DL 112/2008), applicabile al bando emanato il 31 dicembre 2008;

si evidenzia peraltro, da controparte, che gli affidamenti diretti non erano stati compiuti dalle amministrazioni comunali direttamente in favore di Smail, ma in favore delle due preesistenti società pubbliche Acea luce spa e Acea spa; Acea spa aveva, a suo tempo, volturato i relativi contratti in favore di Acea luce spa; a sua volta Acea luce spa è divenuta Smail spa, a seguito dell'acquisizione dell'intero pacchetto azionario da parte di Manutencoop Facility Management spa; le società a partecipazione pubblica avevano potuto beneficiare della favorevole disciplina legislativa che consentiva affidamenti in deroga all'evidenza pubblica nei confronti di imprese pubbliche; ora Smail spa, invece, è una società interamente privata e non sussiste più quel collegamento con i soggetti pubblici che originariamente partecipavano Acea luce spa (la difesa di Smail sostiene che per questo motivo non sarebbe applicabile il divieto di cui all'articolo 23 bis comma nove della legge 133 del 6/8/2008 e, comunque il servizio di pubblica illuminazione non rientrerebbe nella definizione di "servizio pubblico locale", in quanto servizio reso in favore della pubblica amministrazione, che non instaura un rapporto diretto tra gestore e utente; inoltre altro elemento distintivo andrebbe ricercato nell'alea connessa alla gestione del servizio, posto che in presenza di remunerazione diretta da parte dell'amministrazione l'appaltatore non sopporta alcun rischio connesso alla gestione del servizio; trattandosi di servizio strumentale, con assenza del rapporto trilaterale tra ente locale/affidatario/utente, sia la mancanza del rapporto d'utenza, sia l'assenza di rischio economico di impresa non consentirebbe di inquadrarlo nel genus dei "servizi pubblici locali", con conseguente inapplicabilità del divieto proprio di questi; la difesa di Smail Arstea solleva, in via subordinata, due profili di illegittimità costituzionale dell'articolo 23 bis della legge 133 / 2008, nella parte in cui non prevede che i limiti relativi alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali si applichino esclusivamente a soggetti "a partecipazione pubblica", per violazione del principio di libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della costituzione, del principio di non discriminazione tra imprese che agiscono sullo stesso mercato in rapporto di concorrenza, di cui agli articoli 3 e 41 della costituzione nonché del principio generale dell'ordinamento di certezza del diritto; sotto altro e più generale profilo illegittimità della medesima

disposizione, se ritenuta applicabile anche ai soggetti integralmente privati, per violazione dei criteri di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza e congruità che, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, presiedono all'introduzione di misure limitative del principio di libertà dell'iniziativa economica privata, sancito dall'articolo 41 della costituzione);

Il 2) la dichiarazione rilasciata dal rappresentante della Smail (M. Monti), per quanto concerne i tre soggetti "cessati" (2 amministratori -Paolo Bernini e Maurizio Parisi- e 1 direttore tecnico -Giorgio Scarselli-), in particolare per i requisiti generali e nella specie per l'insussistenza di condanne, non sarebbe idonea in quanto è stata apposta una formula limitativa "per quanto di propria conoscenza"; trattandosi di condizione non ammissibile, la dichiarazione andrebbe considerata "tamquam non esset", come affermato anche recentemente dal CS V 375 29.1.2009;

Il 3) la sentenza di condanna (patteggiamento dell'8 /1 /1993 per abuso d'ufficio 323 c.p., quale Sindaco di Ro Ferrarese a 7 mesi e 10 giorni) dell'ex rappresentante legale Aristeia (Cavallina Aldino) violerebbe i principi deontologici della professione e la società non avrebbe adottato atti o misure di completa "dissociazione" dalla condotta penalmente sanzionata (dissociazione concreta), ex articolo 38 lettera c) del codice 163/2006;

Il 4) la progettazione per Smail-Aristea era stata affidata ad una "perito industriale" (Tedeschi), la cui competenza professionale non potrebbe estendersi fino a ricomprendere un progetto complessivo di tale ampiezza;

Il 5) Aristeia, mandante, (che dovrebbe svolgere nel raggruppamento il 50% della prestazione principale rappresentata dalla "gestione" del servizio di illuminazione) non avrebbe né la certificazione di qualità UNI ISO 9001 né l' idonea iscrizione, per l'attività, alla camera di commercio; tale società era abilitata solo alla "progettazione-esecuzione-manutenzione " e non anche alla "gestione" del servizio elettrico;

Il 6) Aristeia, mandante, per i requisiti tecnici, ha documentato un contratto in essere con il Comune di San Lazzaro -al fine di attestare la gestione di almeno 500 centri luminosi- , ma dal contratto non emergerebbe con chiarezza la parte affidata ad Aristeia, tenuto conto che tale società era una delle quattro mandanti;

Il 7) RTI SMAIL-ARISTEA (aggiudicataria) avrebbe indicato, in sede di offerta economica (pag. 6 - articolo 5 del capitolato) una "rata annuale costante" per gli "eventuali ulteriori interventi" (rateo che il Comune non deve pagare all'esecutore del servizio, ma che è solo figurativo in quanto remunerato, in realtà, tramite le 3 voci di ribasso) di € 475.667, cioè di importo maggiore (e non coincidente) rispetto alla sommatoria indicata per i tre valori che "alimentano la voce" (F+K1+K2, cioè "quota risparmio energia" + "ribasso sul canone di manutenzione" + "riduzione lavori di cui al progetto preliminare"), che invece risulterebbe essere di soli euro 330.088,85;

Il 8) il raggruppamento aggiudicatario Smail-Aristea avrebbe indicato nel modello prestampato dell'offerta economica (ove erano riportati, come non ribassabili, nell'ambito dei lavori preliminari di cui all'articolo 4 del capitolato) due voci di "oneri di sicurezza" (sub n.2: € 73.440 e sub n. 6: euro 85.100), importi cioè che sarebbero stati scorrettamente "ridotti" da Smail-Aristea, rispettivamente, ad € 36.428 e 27.563 (correlati alle due sottovoci di "lavori di integrale rifacimento" e "altri lavori"), già quantificati nel progetto preliminare posto a base di gara -art. 4 capitolato speciale- (peraltro l'aggiudicataria Smail-Aristea sostiene, sul punto, che gli oneri di sicurezza, per questa categoria di lavori (art. 4 del capitolato) non sarebbero stati "ribassati", ma solo "ricalcolati" in funzione del progetto esecutivo offerto dalla proponente, come espressamente risulta da nota apposta in calce a pagina 4 dell'offerta);

RICORSO INCIDENTALE DI SMAIL-ARISTEA nel secondo ricorso 25/2010 c/ l'ammissione di GEMMO.

Con ricorso incidentale consegnato per la notifica, in proprio, all'agente postale per il 15 gennaio 2010 e depositato alla camera di consiglio del 20 / 1, SMAIL-ARISTEA ha impugnato l'ammissione e la mancata esclusione di GEMMO, per le seguenti 3 ragioni:

Il inc. 1) GEMMO ha utilizzato lo strumento dell' "avvalimento", in particolare per il requisito tecnico di gestione di almeno 5000 punti luce, con la società CPL Concordia, la quale gestisce per il Comune di Correggio 5110 punti luce; ma il contratto depositato in gara sarebbe estremamente generico in quanto l'ausiliaria si è impegnata unicamente a fornire "informazioni, proposte e suggerimenti, consigli", non dimostrando, tale oggetto contrattuale, alcuna effettiva disponibilità di risorse in capo al soggetto che si è avvalso del requisito; mancherebbe in sostanza una definita e precisa prestazione, ed il contratto sarebbe una mera riproduzione della dichiarazione; invece dichiarazione e il contratto definiscono due autonomi requisiti, entrambi necessari; in questo caso invece il contratto non si differenzia dalla dichiarazione; con violazione dell'articolo 49 del codice 163/2006 nonché dell'articolo 11 e dell'articolo 10.4 lettera p) del disciplinare di gara -difetto di istruttoria e assoluta carenza di motivazione - eccesso di potere per travisamento

Il inc. 2) in materia di "requisiti generali" otto rappresentanti-procuratori speciali di GEMMO (TALAMONA - FERRO - TROIANI - LELLI - RIGGIO - FRATINI - GEMMO Corinna) non avrebbero compiuto l'obbligatoria dichiarazione (requisiti generali) prevista dall'articolo 38, comma 1, del decreto

legislativo 163 / 2006, con violazione dell'articolo 15 del disciplinare di gara - difetto assoluto di istruttoria di motivazione - violazione dei principi di par condicio e concorrenzialità;
 Il inc. 3) non è stata prodotta la dichiarazione (assenza di condanne) dell'istitutore Franco GEMMO (cessato il 12 maggio 2008 da istitutore e l'8 luglio 2008 da presidente onorario); e non vi sarebbe deroga normativa per l' ipotesi di intervenuto decesso del soggetto.

Si sono costituiti nel secondo ricorso 25/2010:

-la controinteressata Smail-Arstea (aggiudicataria) che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso principale ed ha promosso, anche, ricorso incidentale avverso l'ammissione di GEMMO alla gara;
 -il Consiglio Nazionale dei Periti Industriali sostenendo, con "intervento ad opponendum", l'infondatezza della censura sub II 4) al fine di ottenere il riconoscimento della competenza professionale, in materia di progettazione di impianti elettrici, dei periti industriali;
 - il Perito Industriale progettista (Tedeschi) sostenendo, con "intervento ad opponendum", anch'esso l'infondatezza della censura II 4).

Le istanze cautelari sono state trattate alle Camera di consiglio del 16 dicembre 2009 e del 20 gennaio 2010, con rinvio al merito urgente, che è stato fissato al 14 aprile 2010.

All'udienza del 14 aprile 2010 le cause sono state spedite in decisione, dopo discussione svolta da tutti i difensori Barberio (per Citelum), Creuso (per Gemmo), Rizzo e Carpani (per Smail, rispettivamente, per il primo e per il secondo ricorso), Ferri (per il Consiglio nazionale dei periti industriali), Oddo e Ballero (per il perito industriale Tedeschi), Melis per il Comune (solo nel primo ricorso).

DIRITTO

Va disposta la riunione dei due ricorsi proposti avverso la medesima complessa gara di selezione del contraente (bando del 31.12.2008) per la stipulazione di un contratto "misto" di del servizio di pubblica illuminazione, con fornitura energia, per vent'anni nonché di esecuzione di strutturali di diversa tipologia (in parte già predeterminati e previsti dalla stazione appaltante, in sede di bando di gara, ed in parte da individuare, eventualmente, dal proponente).

La scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissata al 7.4.2009.

In sostanza le obbligazioni che venivano assunte dall'offerente implicavano una duplice tipologia di attività:

*prestazione prevalente e/o principale che si sostanziava nella gestione del servizio di illuminazione, con un compenso predeterminato dalla stazione appaltante (€ 1.658.299,65), annuo per vent'anni, comprensivo della manutenzione ordinaria programmata-preventiva (in tale corrispettivo veniva inclusa anche la quantificazione dei lavori "INIZIALI"/PRELIMINARI) cfr. prospetto di pag. 15 del disciplinare;

*prestazione secondaria (lavori), articolata in tre diverse tipologie, con compenso stabilito tramite ratei di ammortamento (proposti dal partecipante), trattasi in particolare di:

-(art. 3 capitolato speciale) progettazione ed esecuzione dei "LAVORI INIZIALI" (per RISPARMIO ENERGETICO) diretti al parziale rifacimento degli impianti, alla manutenzione straordinaria ed ammodernamento, interventi volti a migliorare l'efficienza energetica, adeguamento normativo, messa in sicurezza e contenimento dell'inquinamento luminoso; tali lavori andavano eseguiti a titolo non oneroso per l'amministrazione, con successivo "recupero" mediante trattenimento di una "quota parte" delle somme derivanti dal risparmio energetico e dalle economie gestionali generate; (colonna B pag. 2 dell'offerta economica);

-(art.4 capitolato speciale) esecuzione dei "LAVORI PRELIMINARI" di parziale rifacimento degli impianti oggetto di affidamento, l'ammodernamento, la messa in sicurezza e l'adeguamento normativo; con anticipazione del necessario finanziamento da parte dell'appaltatore e con successivo "recupero" mediante l'introito di ratei d'ammortamento, secondo le previsioni del Piano di ammortamento proposto in sede di offerta (pagina 4 - max € 534.299 al netto di IVA, in base a quanto disposto a pag. 15 del Disciplinare e modello offerta pag. 4 nota 6-);

- (art. 5 capitolato speciale) "EVENTUALI ULTERIORI INTERVENTI", aggiuntivi, con proposta di progetto autonomo di rinnovamento ed ammodernamento degli impianti di illuminazione pubblica (al fine di ottenere ulteriori migliorie degli impianti), da ripagare con il reinvestimento delle risorse finanziarie derivanti dai (3) ribassi presentati dai concorrenti in sede di offerta economica; l'anticipazione per tali interventi è quindi esclusiva dell'appaltatore, con successivo "recupero" mediante introito dei ratei d'ammortamento, secondo le previsioni contenute nel Piano di ammortamento (pag. 6 dell'offerta economica) proposto dall' appaltatore.

In sintesi le "voci" che alimentano il corrispettivo per tali ulteriori lavori sono rappresentate da tre "riduzioni di costo" individuate, in modo autonomo, dall' appaltatore, in particolare:

- quota parte della riduzione del canone annuo posto a base di gara, diretto a remunerare il costo dell'energia (colonna C e D di pag. 2 dell'offerta economica);
- ribasso d'asta offerto sul canone annuo destinato all'esercizio e manutenzione degli impianti;
- ribasso del canone annuo correlato al costo dei lavori iniziali di rifacimento.

Si segnala che la Commissione avrebbe assegnato i punteggi nel seguente modo:

- PF: per l'entità del "risparmio netto ha polarizzato medio annuo" sul costo di fornitura dell'energia;
- PM: per l'entità del ribasso d'asta sul canone annuo della manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione;
- PE: per l'entità del ribasso d'asta sull'elenco prezzi lavori;
- PL: per l'offerta relativa alla rata annua costante di ammortamento dei lavori previsti nel progetto preliminare posto a base di gara.

**

Il Disciplinare prevedeva (al punto 10.2 "requisiti di idoneità professionale") il necessario possesso di una serie di (si riportano solo quelli che qui interessano e si tralasciano gli altri non influenti):

- l'iscrizione alla Camera di Commercio "per attività di gestione di impianti di illuminazione pubblica ovvero per attività ad essa assimilabile" (lett. m);
- l'attestazione di qualificazione SOA "per solo esecuzione ovvero per progettazione ed esecuzione, nella categoria OG10 classifica V", con obbligo di "indicazione" degli incaricati alla progettazione dei lavori, abilitati e con esperienza (svolgimento di progettazione per opere comprese nella categoria IIIc del tariffario professionale per un importo netto di almeno € 15 milioni (cfr. lett. n);
- aver regolarmente eseguito per almeno 2 anni ricompresi all'interno del triennio antecedente almeno un contratto di appalto avente ad oggetto servizi di gestione degli impianti di illuminazione pubblica che comprenda congiuntamente la gestione, la manutenzione ordinaria e programmata, nonché l'acquisto di energia elettrica tramite la titolarità delle relative utenze, reso in un Comune che preveda la gestione di almeno 5.000 centri luminosi.

In caso di raggruppamento (orizzontale):

SOA (lett. n):

- la capogruppo deve possedere l'attestazione di qualificazione "per solo esecuzione ovvero per progettazione ed esecuzione, nella categoria OG10 classifica IV";
- le mandanti devono possederla "per solo esecuzione ovvero per progettazione ed esecuzione, nella categoria OG10 classifica II";

REQUISITO TECNICO PROFESSIONALE GESTIONE IMPIANTO DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA (lett.p) :

- la capogruppo dovrà avere eseguito un contratto di gestione in un comune che preveda la gestione di almeno 2000 centri luminosi;
 - le mandanti dovranno avere eseguito almeno un contratto di gestione in un comune che preveda la gestione di almeno 500 centri luminosi;
- nel suo complesso il raggruppamento temporaneo deve soddisfare comunque il requisito dei 5000 centri luminosi

l°)

PRIORITARIO ESAME DEL RICORSO INCIDENTALE promosso da GEMMO nel ricorso 1181/2009 di Citelum.

Due sono le censure formulate da GEMMO per sostenere l'illegittima ammissione di Citelum.

l inc. 1)

La problematica sollevata con il primo motivo del ricorso incidentale GEMMO si concentra sulla necessità o meno, in sede di offerta, di produzione delle dichiarazioni -per l'attestazione di requisiti generali- anche del preposto ed ex preposto (Bonardi e Scalchi) alla "sede italiana" di Citelum.

Il collegio osserva che Citelum (società francese) ha partecipato alla gara documentando i requisiti generali dell'amministratore unico (Michel Tesconi) nonché dei quattro procuratori speciali e del direttore tecnico. La sufficienza delle allegazioni di tali dichiarazioni si correla alla circostanza che la società francese (e non l'articolazione italiana) ha partecipato alla gara de qua. Non si ritiene cioè che debba estendersi la dimostrazione della sussistenza dei requisiti generali anche a coloro che vengono nominati responsabili (di sedi secondarie) in altri paesi/nazioni e che non assumono uno specifico ruolo e/o coinvolgimento (in termini di responsabilità ed obbligazioni) nella procedura di selezione del contraente. Altrimenti si dovrebbe pervenire all'assurdo di dover richiedere la sussistenza dei requisiti generali anche di tutti i preposti di sedi secondarie estere.

Il soggetto che ha partecipato alla gara in esame è la società francese Citelum, con sede in Parigi; le correlate dichiarazioni depositate afferiscono agli organi rappresentativi di quella società e non dovevano coinvolgere ed estendersi anche all'articolazione italiana -preposti alla sede secondaria di Milano, che hanno poteri di rappresentanza solo della sede secondaria e non anche della società madre, oltretutto dotati di limitati e non generali poteri (operazioni di conto a firma disgiunta solo fino a 50.000 euro).

In definitiva, nel caso di specie, in considerazione del fatto che i 2 preposti alla sede secondaria italiana non hanno la capacità di rappresentanza della sede principale estera, ma unicamente dell'articolazione italiana (sede secondaria) e ad essi sono stati conferiti poteri circoscritti (cfr. verbale del C.d.A. 23.4.2007 della società francese Citelum), la censura va respinta. Per questi motivi si ritengono, ai fini dell'ammissione di Citelum, sufficienti le dichiarazioni presentate, riferite all'amministratore, ai procuratori e al direttore tecnico della società francese.

**

I inc. 2) RIBASSO DEGLI ONERI DI SICUREZZA PER LA VOCE N. 6 (correlati ad "ALTRI LAVORI")

Effettivamente risulta che il modello prestampato dell'offerta predisposto dalla stazione appaltante indicasse (a pag. 4) per i lavori di parziale rifacimento, ammodernamento, messa in sicurezza ed adeguamento normativo degli impianti (contemplati all'articolo 4 del capitolato speciale) due voci per "oneri sicurezza non ribassabili" di 73.440 (voce n. 2) e di 85.100 (voce n. 6). In particolare:

- "lavori di integrale rifacimento" (importo soggetto a ribasso di 4.546.576 -cfr. pag. 45 di 46 del computo metrico estimativo all.C), per i quali i correlati oneri di sicurezza venivano prestabiliti in euro 73.440 (importo perfettamente coincidente tra il modello dell'offerta voce n. 2 e quello indicato a pagina 45 di 46 del computo metrico estimativo all. C nonché con pagina 17 / 26 del disciplinare);

- "altri lavori" (importo soggetto a ribasso di € 850.961 -cfr. pag. 8 / 8 del computo metrico estimativo), per i quali i correlati oneri di sicurezza venivano prestabiliti, nel medesimo computo metrico, in € 10.759,13; e tale importo è quello che è stato riportato esattamente dalla concorrente Citelum sub-voce n. 6 di pagina 4 dell'offerta (con doverosa sostituzione dell'erronea indicazione prestampata dalla stazione appaltante di € 85.100, non coincidente con il dato emergente dal computo metrico estimativo).

Sotto tale profilo va quindi affermato che la discrasia sussistente tra, da un lato, computo metrico estimativo all. C (definito, come tale, in tutte le sue singole voci) che declina e quantifica con precisione gli importi per lavori nonché per i correlati oneri della sicurezza, in particolare per quanto qui interessa, per la voce "altri lavori" con quantificazione complessiva di € 10.759 (pag. 8/8) e l'erroneo "riporto" nel modello prestampato di offerta economica (85.100) nonché nell'analogo schema riportato (a pag. 17) nel Disciplinare, va indubbiamente risolto a favore del primo, in considerazione del fatto che tale documento è quello essenziale e ricostruttivo della definizione del "quantum" dei lavori (850.961 euro) contemplati nel progetto preliminare predisposto dall'Amministrazione, nonché dei correlati oneri di sicurezza (che, oltretutto, non potrebbero certo ammontare al 10% dell'importo - con evidente sproporzione ed anomala incidenza-, trattandosi di voce -quella degli oneri di sicurezza- che incide, di media, tra l' 1 ed il 2%).

In sostanza non vi è stata violazione e ribasso degli oneri di sicurezza da parte di Citelum, che ha correttamente recepito i dati sostanziali emergenti dal computo metrico estimativo dei lavori ove erano esattamente individuati i costi, riportati nell'offerta Citelum.

**

Stante l'infondatezza del ricorso incidentale GEMMO occorre procedere all'esame del RICORSO PRINCIPALE CITELUM n. 1181/2009.

Solo attraverso la pronuncia di illegittima ammissione di tutte le (altre tre) concorrenti (Smail-Aristea; Gemmo; It-Cofathec) Citelum potrebbe addivenire ad ottenere il bene della vita, cioè l'aggiudicazione in proprio favore, in considerazione della sua posizione in graduatoria (4[^]).

Ma il ricorso 1181/2009, proposto da CITELUM, è infondato per la parte che sostiene non legittima l'ammissione di Smail-Aristea; di conseguenza esso diviene, per la restante parte delle censure (promosse contro le altre due concorrenti, 2[^] e 3[^], : Gemmo; It-Cofathec), inammissibile per carenza di interesse.

Si procede all'esame delle censure proposte da Citelum contro l' ammissione dell'aggiudicataria Smail-Aristea alla gara (trattasi in particolare dei primi tre motivi del ricorso principale, l'ultimo vizio del ricorso principale, nonché il terzo motivo aggiunto).

I 1)

A prescindere dai confini della competenza professionale "propria" del perito industriale in materia di progettazione di impianti di illuminazione pubblica si evidenzia che nel caso di specie il progetto definitivo ed esecutivo, per Smail-Aristea, è stato redatto da un gruppo di lavoro "misto" a capo del quale vi è il progettista responsabile perito industriale Renzo tedeschi, ma all'interno di esso figurano specifiche figure professionali specialistiche ("progettisti": due ingegneri Merzi Ballini e Rambaldi e tre periti industriali; oltre al cinque collaboratori). Inoltre risulta dal progetto esecutivo che le "relazioni di calcolo dei basamenti dei pali per illuminazione pubblica" è stato specificamente redatto da un Ingegnere, il progettista ing. Aroldo Minghelli.

Infondata è quindi la censura proposta che prospetta lo sconfinamento delle competenze dei periti industriali, in violazione dell'articolo 16 del regio decreto n. 275 dell'11 febbraio 1929, in quanto nel caso in esame il contributo delle diverse professionalità nel gruppo di lavoro "misto" non può essere posta in discussione.

12)

Il secondo profilo sollevato con il ricorso principale Citelum verte sulla prospettata inadeguatezza delle iscrizioni/certificazioni (SOA e CCIA) in capo alla mandante Aristeia.

Il Collegio sul punto rileva che il disciplinare al punto 10.2 (pag. 6/26 "requisiti di idoneità professionale") richiede il possesso di attestazione di qualificazione SOA "per sola esecuzione ovvero per progettazione ed esecuzione, nella categoria OG 10 classifica V"; non è quindi richiesta dalla lex specialis di gara -come è evidente essendo la SOA una certificazione finalizzata all'esecuzione di "lavori" inerenti le opere generali (OG) e le opere specializzate (OS)- una peculiare certificazione SOA per la gestione del servizio. E Aristeia possiede la SOA, tra le altre, anche per la categoria (unica) specificamente richiesta OG 10 classifica V, con precisazione che trattasi di "qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione fino alla VIII classifica" (cfr. certificato doc. n. 7 produzione Smail-Aristeia depositato il 1/4/2010-documentazione amministrativa presentata in sede di gara).

Per quanto attiene il secondo profilo, quello dell'iscrizione alla Camera di commercio, il disciplinare (al punto n) di pag. 6/26) la richiede "per attività di gestione di impianti di illuminazione pubblica ovvero per attività ad essa assimilabile", definendo la categoria come "interpretabile" in termini di assimilazione. Nel caso di specie risulta dal certificato della camera di commercio di Ferrara che:

-nell'attività esercitata risultano, tra le altre, la "progettazione installazione manutenzione di impianti semaforici e, comunque, di sistemi di regolarizzazione e razionalizzazione dei flussi di traffico; progettazione, realizzazione, installazione e manutenzione di insegne luminose; realizzazione di catasti segnaletici e gestione degli stessi attraverso l'utilizzo di sistemi informatici; realizzazione di piani di segnalamento e piani urbani del traffico; impianti elettrici in genere" (cfr. pag. 11/13 della visura);

-nell'oggetto sociale, riportato nel medesimo certificato CCIAA, la cooperativa ha inserito "l'assunzione di appalti per la costruzione di opere, la gestione di servizi e la fornitura di beni per conto di pubbliche amministrazioni" precisando al punto 16 "progettare, realizzare, condurre ed effettuare la manutenzione di impianti elettrici interni ed esterni di alta, media e bassa tensione; cabine di trasformazione; quadri di distribuzione; quadri di comando e controllo; impianti di illuminazione pubblica..." (cfr. pag. 2/13 della visura).

Tenuto conto che la specifica previsione, successivamente dettata al punto 10.6.1. del disciplinare per il raggruppamento orizzontale (pag. 7/26), stabilisce che il requisito di cui alla lettera m) (iscrizione alla CCIAA) deve essere posseduto da tutte le imprese raggruppate (prevedendo invece una diversificazione per la classifica della SOA -IV e II anziché V-), deve essere valutata l'iscrizione di Aristeia alla CCIAA alla luce della definizione richiesta di "attività di gestione di impianti di illuminazione pubblica o attività ad essa assimilabile". Il Collegio ritiene sufficiente ed idonea l'iscrizione di Aristeia ai fini della partecipazione, quale mandante, alla gara in questione. Infatti la tipologia dell'attività principalmente esercitata ("impianti elettrici in genere") si connota decisamente nel senso dell'impiantistica pubblica (impianti semaforici, sicurezza stradale, segnaletica anche luminosa); e ciò è pienamente confermato anche dalla conformazione dell'oggetto sociale che, come si è visto, contempla espressamente la progettazione, la realizzazione, la conduzione, la manutenzione di impianti di illuminazione pubblica (punto 16), considerato che la cooperativa è stata costituita proprio al fine di assumere "appalti per la costruzione di opere, la gestione di servizi e la fornitura di beni per conto di pubbliche amministrazioni".

Il motivo inerente l'inidoneità dell'iscrizione alla CCIAA di Aristeia è quindi infondato.

13)

La terza censura del ricorso principale, ove si sostiene che Aristeia non avrebbe il requisito minimo tecnico professionale richiesto, come mandante, (gestione di almeno 500 punti luce), in particolare in riferimento al contratto stipulato con il comune di San Lazzaro, è smentita dagli atti prodotti. È stato depositato il certificato comunale del 26.8.2009 di esecuzione del servizio ("gestione, esercizio, manutenzione, interventi finalizzati all'efficienza energetica degli impianti di pubblica illuminazione e relativa fornitura di energia elettrica"), per n. 3500 punti luce:

l'allegato A al contratto del 2002 (quinquennale, poi prorogato fino al 2011, contratto ove la voce illuminazione pubblica incideva per euro 1.366.028 sul totale di 13.462.890) indica le percentuali attribuite a ciascuna componente il RTI. La quota di Aristeia era l'80% per illuminazione pubblica e impianti semaforici (Cipea completava al 20%); in particolare, ad ulteriore specificazione vi era l'accordo fra le diverse società, anch'esso datato 3.7.2002 ove ad Aristeia veniva affidato il 100% del "servizio" di pubblica illuminazione, mentre a Cipea veniva affidato il 100% dei "lavori" di pubblica illuminazione (cfr. ultima parte del documento N. 8 depositato dalla difesa Smail-Aristeia il 1.4.2010, nel primo ricorso).

Il requisito professionale per la mandante Aristeia si rivela quindi soddisfatto (gestione di almeno 500 punti luminosi).

10)

Citelum contesta il profilo dell'offerta economica, proposta da Smail-Aristea, in merito alla mancata "coincidenza" tra "eventuali ulteriori interventi" proposti e le (3) voci di ribasso elaborate. Come si è visto il capitolato speciale (articolo 9) ed il disciplinare prevede come fonti di "alimentazione" per il pagamento di tale categoria di opere (eventuali lavori, contemplati all'articolo 5 del capitolato) l'introito di tre tipologie di ribassi:

-quota parte risparmi energetici;

-ribasso offerto sul canone annuo di manutenzione;

-ribasso offerto sul canone annuo diretto a remunerare i lavori iniziali di rifacimento di cui al progetto preliminare (contemplati all'articolo 4 del capitolato).

Le tre voci sintetiche sono così indicate:

F.: il partecipante dichiara il risparmio sulla spesa di energia (spesa annua base d'asta per l'energia elettrica); tale risparmio globale (indicato a pag. 2 dell'offerta: per Smail-Aristea 497.485 euro annui -colonna A) viene "ripartito in 2 voci: una quota viene trattenuta dall'appaltatore per il recupero degli investimenti di efficienza energetica gestionale (185.174 -colonna B); l'altra parte individua il risparmio netto a beneficio dell'Amministrazione e da destinarsi agli ulteriori interventi di cui all'art. 5 del Capitolato (312.311 - colonna C); un'ulteriore colonna (D) individua una cifra minore definita "risparmio netto attualizzato";

K1: il partecipante offre un ribasso sul canone di gestione e manutenzione (spesa annua base d'asta per gestione e manutenzione) -;

K2: il partecipante dichiara di essere disposto ad eseguire i lavori iniziali di parziale rifacimento di ammodernamento già prestabiliti nel progetto a base di gara (articolo 4 del capitolato) richiedendo una rata annua costante di ammortamento (L), con una riduzione rispetto all'importo a base d'asta.

La sommatoria di questi tre valori (F + K1 + K2) rappresenta il compenso/corrispettivo della rata annua prevista (in via teorica) per remunerare gli "eventuali ulteriori lavori" proposti dal concorrente.

In questo senso va interpretato il complesso e laborioso meccanismo predisposto dalla lex specialis: capienza e sufficienza dei fondi che scaturiscono dai risparmi/riduzioni canoni per consentire l'esecuzione della terza categoria di "eventuali" ulteriori lavori. Nessuna ulteriore somma l'Amministrazione è tenuta a versare all'aggiudicatario.

La prima categoria di lavori corrispondeva alla messa in opera delle apparecchiature per una maggiore efficienza energetica, auto pagati con i risparmi per riduzione e razionalizzazione dei consumi (art. 3 del capitolato)

La seconda categoria si riferisce ai lavori INIZIALI di parziale rifacimento, ammodernamento, messa in sicurezza già prestabiliti nel progetto a base di gara, ex art. 4 del capitolato (a base d'asta € 5.787.666, prevista rata di 534.299 annua nel capitolato, al netto di IVA, ribassabile).

La terza categoria si riferiva ad "eventuali ULTERIORI lavori" di rifacimento proposti dai partecipanti, ripagati con i ribassi d'asta, da recuperare (in modo figurativo) con rateo di ammortamento (alimentato dalle tre quote delle voci di risparmio).

Tenuto conto che la terza voce non rappresenta una voce obbligatoria (proposta di lavori ulteriori in via meramente eventuale) non si può comunque sostenere che condizione essenziale (sancita a pena di esclusione) dovesse essere la "coincidenza" delle tre voci (F + K1 + K2) con il rateo previsto per il pagamento degli eventuali ulteriori lavori.

Ma in ogni caso risulta che Smail-Aristea ha presentato la seguente offerta economica:

-(F) "risparmio netto autorizzato medio annuo" sul costo di fornitura dell'energia: 166.725;

-(K1) ribasso sul canone annuo relativo alla manutenzione degli impianti di: 10,274% (corrispondente ad un canone annuo pari ad euro € 298.788), con una riduzione pari ad € 34.211, rispetto all'importo annuo posto a base di gara per la manutenzione degli impianti;

-(K2) riduzione di € 129.151 rispetto all'importo annuo posto a base di gara per l'esecuzione degli interventi preliminari sugli impianti previsti nel progetto preliminare posto a base di gara (rata annua costante di ammortamento per lavori "L" pari a € 405.147 -cioè inferiore di euro 129.151 rispetto alla rata prestabilita in disciplinare dall'Amministrazione di 534.299, al netto di IVA- e corrispondente ad un "monte lavori" di importo globale di investimento di euro 4.841.671 -ribassato rispetto a quello previsto dal Comune in euro 5.787.666 al netto IVA -cfr. pag. 15 del Disciplinare-).

Emerge dunque dall'offerta che il parametro che "confonde" è l'aver utilizzato (da parte dell'impresa Smail-Aristea) :

-il parametro del "risparmio netto" /"quota a beneficio dell'Amministrazione e da destinarsi agli ulteriori interventi dell'art. 5 del Capitolato" per euro 312.311 (riportato nella colonna C=A-B ed uguale per tutti i 20 anni),

-anziché il "risparmio netto attualizzato medio annuo" di 166.725.

Nel prospetto, in sostanza, figura il risparmio globale energetico gestionale previsto (497.485), che viene suddiviso in 2 quote, una (rata costante annuale di euro 185.174) che rappresenta la "quota risparmio trattenuta dall'appaltatore per il recupero degli investimenti di efficienza energetica gestionale", l'altra (anch'essa costante annuale di 312.311) che rappresenta il "risparmio netto a

beneficio dell'Amministrazione, ma da destinarsi agli interventi ulteriori" di cui all'art. 5 del capitolato.

L'ulteriore voce "risparmio netto attualizzato medio annuo" (euro 166.725, ricavato secondo il dato decrescente nei venti anni a seguito dell'applicazione del criterio 1,069) è quella che rappresenta il risparmio sul costo di fornitura dell'energia (F) e, quindi, il punteggio per il parametro "PF" (per Smail-Arstea 13 punti per questa voce -cfr. verbale 27 della Commissione di gara).

In sostanza mentre il Comune corrisponde all'aggiudicatario la rata annuale costante per vent'anni indicata nel prospetto del Piano di ammortamento di pag. 4 dell'offerta (nell'ambito del canone globale annuale di 1.658.299 -cfr. pagg. 15 e 16 disciplinare); invece non è tenuto al pagamento della rata prevista dal successivo Piano di ammortamento (di pag. 6) per ulteriori lavori eventuali, essendo questo solo, per così dire, figurativo. Il corrispettivo, infatti, per gli "ulteriori lavori" deriva solo dai risparmi (3 voci) già precisati ed il Comune non deve pagare ulteriori somme (essendo questa categoria di lavori autofinanziata dai soli ribassi).

La situazione che si è venuta a creare, per questo aspetto, con l'offerta economica Smail-Arstea è dunque la seguente:

(F) 166.725 quale dato "risparmio medio annuo attualizzato", ma nell'ambito di un "risparmio energetico e gestionale previsto" ammontante a € 497.485 annuali, importo da ripartirsi in due quote: una di € 312.311, espressamente definita come "risparmio netto a beneficio dell'amministrazione e da destinarsi agli interventi di cui all'articolo 5 del capitolato speciale"; l'altra, minore, destinata ad essere "trattenuta dall'appaltatore per il recupero degli investimenti di efficienza energetica gestionale" (cfr. pagina 2 dell'offerta dell'aggiudicatario);

(K1) 34.211

(K2) 129.151

Per un totale di 330.087 se si prende a riferimento l'importo di 166.725 (risparmio medio netto attualizzato annuo), mentre diviene di 475.667 (e coincide) se si prende a riferimento l'importo di euro 312.311 ("risparmio medio annuo").

La rata figurativa indicata nel prospetto di pag. 6 ammonta a 475.667 (corrispondente ad un monte lavori "ulteriori" di euro 5.684.411 al netto di IVA).

Si evidenzia che Smail-Arstea ha proposto "ulteriori lavori" per una somma tre volte maggiore rispetto all'offerta Citelum (che ha proposto lavori ulteriori per una cifra di soli euro 1.758.839 al netto dell'IVA, con una rata annua di 157.632).

In considerazione delle specifiche norme contenute nel capitolato e nel disciplinare (già citate) il Collegio ritiene che la copertura del finanziamento tramite la voce del risparmio netto indicato in colonna C dell'offerta, specificamente destinato proprio a finanziare gli interventi contemplati all'articolo 5 del capitolato, unitamente alle altre due voci di ribasso dei canoni offerti, sia idonea a sostenere la consistente offerta per la realizzazione degli "ulteriori interventi".

Oltretutto va, inoltre, considerato che nel caso degli "ulteriori lavori" il pagamento non avviene direttamente da parte del Comune (neppure sotto forma di rata costante), in quanto il recupero avviene solo tramite le tre voci di "risparmio/ribassi".

Ciò significa che anche qualora i risparmi, così come quantificati nell'offerta, non fossero in grado di "coprire" integralmente i costi per i lavori ulteriori (475.667 contro 330.088 annuali -se si prende a parametro il risparmio netto attualizzato-), l'aggiudicatario non poteva per ciò solo essere esclusa (con conseguente obbligo a provvedere comunque all'esecuzione del progetto autonomamente formulato).

La specifica previsione di "coincidenza" degli importi (F-K1-K2), infatti, non la si rinviene negli atti principali (disciplinare e capitolato speciale, ove si indicano solo le fonti di finanziamento per tali ulteriori lavori), ma esclusivamente nella nota in calce (n. 3 del modello prestampato dell'offerta economica predisposto dall'Amministrazione, comunque non apposta a pena di esclusione).

Semmai, ai fini della rilevanza nell'ammissione, poteva rilevare l'eventualità contraria: l'ipotesi cioè che qualora si fossero generati risparmi e questi non fossero integralmente veicolati in "lavori ulteriori", ma fatti propri dall'impresa in sede di esecuzione del servizio. Solo in questo diverso caso avrebbe potuto ipotizzarsi l'illegittima partecipazione, per mancanza di titolo nell'appropriazione di somme generate da risparmi/ribassi (espressamente indicati, ma poi, di fatto, incamerati e) non reinvestiti nel rinnovamento strutturale del servizio.

In definitiva si ritiene che dai prospetti forniti (tenendosi conto anche della colonna C) vi sia capienza e sufficienza nei fondi (risparmi) per compensare gli "ulteriori lavori" con le voci derivanti dai tre ribassi.

L'integrale pagamento del corrispettivo dell'appalto (importo complessivo indicato a pag. 16 del Disciplinare di euro 1.658.299) si sostanzia nel pagamento globale (autosufficiente per compensare l'articolato servizio di gestione/progettazione/esecuzione):

-della somma annuale di euro 1.124.000 al netto di IVA per la prestazione di gestione/manutenzione ordinaria/fornitura energia elettrica (composta dalle 2 voci: 333.000 per spesa per gestione e

manutenzione; 791.000 per spesa per energia elettrica -cfr. pag. 4 del Bando, punto 3);
-della somma annuale di euro 534.299 al netto IVA per la prestazione progettazione ed esecuzione lavori INIZIALI e manutenzione straordinaria/ammodernamento e adeguamento).

Cioè senza "reale" decurtazione dei due ribassi d'asta formulati dal concorrente (sul canone annuo di manutenzione e sul canone annuo per lavori INIZIALI) e con trattenimento della quota-parte dei risparmi energetici annui che sarebbero spettati altrimenti all'Amministrazione.

Ne consegue che la contestazione di Citelum in ordine alla mancata "coincidenza" (prevista nella nota del modello dell'offerta, ma non anche dal capitolato e dal disciplinare) dei due valori per l'offerta economica Smail-Aristea, ai fini della sua ammissione/esclusione, si ritiene infondata, essendovi sufficiente provvista nei risparmi indicati e non determinando, tale importo (di 475.667) alcun esborso ulteriore da parte dell'Amministrazione.

Del resto ciò che conta è che vi sia capienza (nel senso di copertura) per l'esecuzione di tutti i lavori con i ribassi/risparmi individuati (evidenziati nella colonna C del risparmio netto a beneficio dei lavori ulteriori); la circostanza che vi sia un consistente abbattimento (derivante dal computo degli interessi) dell'importo -raffigurato dal risparmio netto attualizzato, della colonna D-, correlato agli investimenti ulteriori, non consente di affermare che l'investimento globale, proposto dall'appaltatore, sia comunque composto sia dalla quota capitale che da quella interessi.

La comprova della non necessaria coincidenza deriva dal fatto che trattandosi di "eventuali" ulteriori lavori (sulla base di un "proprio" progetto, non prestabilito dall'Amministrazione, ma predisposto autonomamente dal partecipante) la concorrente avrebbe anche potuto decidere di non prevedere alcuna realizzazione di interventi "ulteriori", con l'effetto della "sicura" mancata coincidenza fra importi, considerato che i risparmi/ribassi non avrebbero avuto un contraltare di pari lavori di nuova previsione.

Anche questa censura va quindi respinta.

I mot.agg.3)

Ulteriore censura avverso l'ammissione di Smail-Aristea è stata formulata con il terzo vizio dei motivi aggiunti depositati il 5 gennaio 2010 (violazione dell'art. 38 comma 1° lett. c) del Codice). Trattasi del profilo inerente la mancata "concreta dissociazione" della società Aristea nei confronti di un amministratore cessato nel triennio antecedente (Aldino Cavallina), il quale si è dimesso dalla cooperativa il 10 marzo 2006. In particolare la questione sollevata verte su una condanna, dichiarata dalla società, (patteggiamento) del Tribunale di Ferrara risalente al 1993 (dell'8 gennaio 1993, divenuta irrevocabile il 4 ottobre 1993), per abuso d'ufficio (323 c.p.).

Innanzitutto va chiarito che la norma è applicabile (contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa di Smail-Aristea, che ha sostenuto che all'epoca delle rassegnate dimissioni (febbraio-marzo 2006) non vigeva ancora la norma del Codice che richiedeva la dimostrazione di completa dissociazione da parte della società.) in quanto la previgente disposizione contenuta nell'art. 75 del DPR 554/1999 comma 1 lett.c), come sostituito dall'art. 2 comma 1° del D.P.R. 30 agosto 2000 n. 412, è di analogo tenore.

Pertanto va considerato che la condanna è stata dichiarata, in sede di gara, dal presidente di Aristea (Gazzotti Ivano), che attestava, anche, di dissociarsi da eventuali posizioni processuali insorte successivamente alla data di cessazione della carica.

Ritenuto che la condanna espressamente dichiarata dal legale rappresentante (patteggiamento Cavallina) concerne una questione non attinente l'attività societaria (di Aristea) né l'attività propriamente professionale, ma è insorta in relazione al ruolo assunto da Cavallina quale Sindaco di Ro Ferrarese (carica politica pubblica), per aver disposto la sospensione della riscossione di 3 cartelle di pagamento per tributi comunali (per l'importo complessivo di circa Lire 1.600.000), non si ritiene che la società Aristea dovesse compiere peculiari atti di dissociazione nei confronti del proprio legale rappresentante (cessato dalla carica nel 2006) e/o azioni di responsabilità sociale, trattandosi di sfere operative del tutto distinte. Semmai era l'Amministrazione a poter valutare l'incidenza del patteggiamento sulla moralità complessiva del soggetto.

Oltretutto, nel caso di specie, risulta espressamente dal patteggiamento che il giudice penale ha concesso all'imputato l'ulteriore attenuante di cui all'articolo 323 bis del codice penale trattandosi di fatto "di particolare tenuità" (il che non consente di inquadarlo nella definizione di "reato grave in danno dello Stato, suscettibile di incidere sulla moralità professionale" di Aristea).

Ciò che rileva è che la condanna sia stata dichiarata ed offerta all'esame della stazione appaltante che l'ha ritenuta ininfluenza ammettendo Smail-Aristea alla gara.

Non sono ipotizzabili, in questo caso, atti di dissociazione (della società) e/o azioni di responsabilità non coinvolgendo la condanna comportamenti connessi con l'attività societaria e/o professionale nell'ambito della gestione dei rapporti propriamente commerciali.

Non avendo colpito nel segno nessuna delle censure proposte da Citelum avverso l'ammissione dell'aggiudicataria Smail-Aristea, si prescinde dall'esame delle ulteriori censure formulate c/ la seconda Gemmo (vizi 8-9; 12-13 dei motivi aggiunti) e c/ la terza RTI It-Cofathec (4-5-6-7-11), in quanto,

rimasta in gara Smail-Arstea, difetta, in capo alla ricorrente principale, l'interesse ad ottenere la loro esclusione.

II° RICORSO 25/2010.

ESAME PRIORITARIO DEL RICORSO INCIDENTALE di Smail-Arstea nell'ambito del ricorso GEMMO 25/2010.

Anche in relazione al secondo ricorso proposto da GEMMO è prioritaria la trattazione del ricorso incidentale formulato da Smail-Arstea, il quale, se risultasse fondato, determinerebbe l'improcedibilità del ricorso principale proposto da Gemmo.

Nella specie, dall'esame dei documenti depositati, risultano fondate le prime due censure sollevate sub II inc.1) e II inc.2).

Censura II inc. 1) CONTRATTO DI AVVALIMENTO di Gemmo con CPL Concordia.

L'art. 49 lett. f del Codice 163/2006 impone il deposito del contratto di , in virtù del quale " l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a per tutta la durata dell'appalto". Trattasi, con tutta evidenza, di contratto atipico.

La ricorrente incidentale Smail-Arstea sostiene che il contratto di avvalimento depositato da GEMMO, stipulato con CPL Concordia (per il "requisito tecnico" della gestione di almeno 5000 centri luminosi) sarebbe inidoneo e/o insufficiente in relazione allo specifico contenuto ivi delineato. Si sostiene cioè che l'impresa ausiliaria CPL Concordia non avrebbe posto concretamente a disposizione alcuna "specifica risorsa" alla concorrente GEMMO, in quanto il contratto prevede unicamente un generico impegno a fornire "informazioni, proposte, suggerimenti e consigli alla concorrente", con determinazione (futura) del corrispettivo di volta in volta da pattuirsi in relazione alle singole attività di ausilio.

Effettivamente, nel caso di specie, l'attività posta ad oggetto del contratto di avvalimento (cfr. punti 4 e 5 del contratto stipulato il 31.3.2009), il cui contenuto può sì ampiamente modellarsi, trattandosi di contratto atipico, si pone però in termini assolutamente generici ed indefiniti per quanto attiene la costruzione del rapporto obbligatorio, con corrispettivo non predeterminato, senza che l'impresa ausiliaria si sia, sostanzialmente e concretamente impegnata (e questo è il vincolo minimo essenziale) a porre a disposizione della concorrente, realmente, tutte le risorse necessarie e correlate alla sottostante "disponibilità" di quel requisito tecnico, che rappresentava lo sbarramento per la partecipazione alla gara (gestione di almeno 5.000 punti luminosi).

La necessità, imposta dal legislatore, di produrre sia la "dichiarazione" di avvalimento sia il "contratto" stipulato con l'impresa ausiliaria non può tradursi in incombenze meramente formali, ma deve sostanziarsi nell'impegno concreto a mettere a disposizione "diretta" della partecipante le "risorse" necessarie e correlate al requisito tecnico richiesto, la cui sola titolarità, in proprio o a mezzo di avvalimento, consentiva la partecipazione alla gara dell'impresa. Ma la soddisfazione del requisito può dirsi raggiunta solo ove sia dimostrata, con il contratto di avvalimento, la concreta disponibilità delle risorse sottostanti il requisito tecnico previsto dal bando.

L' avvalimento non può, dunque, circoscriversi e limitarsi ad un oggetto vago ed indeterminato quale è l'impegno a fornire "informazioni, proposte, suggerimenti e consigli alla concorrente", dovendosi l'impresa ausiliaria "impegnarsi" anche nei confronti della stazione appaltante, in ossequio al 4° comma dell'articolo 49 del codice, norma che pone il principio della responsabilità solidale fra concorrente e impresa ausiliaria (nei confronti della stazione appaltante) in relazione alle , che, come tali debbono soddisfare una minima sfera di percezione concreta e reale (e non del tutto astratta), con individuazione preventiva del loro contenuto.

Nel caso esaminato l'assoluta indeterminatezza e vaghezza della prestazione oggetto dell' avvalimento del requisito tecnico minimo (in luogo della concreta messa a disposizione delle risorse necessarie, come vuole la norma) non consente, in sostanza, di attribuire il necessario sostegno e supporto al rapporto contrattuale di avvalimento, che altrimenti si rivela essere una mera spendita di un requisito appartenente ad altra impresa, la quale si limiterebbe a rappresentare una entità astratta, fornitrice del mero titolo (e non anche del concreto supporto tecnico), senza, sostanzialmente, assunzione di alcuna responsabilità propria e di doveri (anche) nei confronti dell'appaltante.

Nel caso di specie sfugge l'ambito e la natura delle obbligazioni che sarebbero state assunte dall'ausiliaria, mancando la reale messa a disposizione di risorse e/o attrezzature (la mera funzione di "consigliere" non si accompagna alla fornitura di risorse di supporto per la gestione del servizio, in particolare per quanto attiene alla struttura ed all'organizzazione necessari, che presuppongono la soddisfazione del requisito tecnico minimo della gestione di almeno 5000 punti luminosi).

Anche la giurisprudenza ha riconosciuto che l' avvalimento , previsto dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici 163/2006, implica che il concorrente, che abbia dichiarato di volersi avvalere delle risorse di una impresa ausiliaria, di esse deve avere una , nel senso che, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, deve poterle usare per eseguire il contratto senza l'intermediazione della

suddetta impresa (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009 , n. 3791).

E in ordine all'impossibilità di riconoscere all'istituto un valore assoluto e generale, ma ponderato in relazione alle peculiari fattispecie (con impossibilità di rendere cartolari e circolanti anche i requisiti soggettivi) si richiama anche Tar Sardegna n. 1565 del 24.10.2009.

Nel caso di specie non si intravede alcuna possibilità di utilizzazione diretta delle risorse da parte di Gemmo nell'organizzazione imprenditoriale/strutturale di CPL Concordia.

Non essendo stata individuata una "sfera" minima di obbligazioni in capo all'impresa ausiliaria, il contratto stipulato si riduce ad una mera attività consultiva (per la circolazione del requisito), inidonea come tale a supportare la partecipazione di Gemmo alla gara in questione.

Sotto tale profilo il ricorso incidentale è quindi fondato.

**

Censura Il inc.2) PROCURATORI PRETERMESSI NELLE DICHIARAZIONI.

Il Disciplinare (pagg. 11 e 12, punti 2-3-4) prevedeva l'obbligo di allegazione delle dichiarazioni personali inerenti i requisiti generali per:

amministratori muniti di rappresentanza e direttore/i tecnico/i;

amministratori muniti di rappresentanza e direttore tecnico cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara o, in alternativa, la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa partecipante, con riferimento ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente .

Come risulta dalla visura storica camerale della società GEMMO, depositata in giudizio il 20/1/2010 dalla difesa Smail-Aristea (DOC. N. 2-3-4-5-6-7-8-9-) otto procuratori avevano ampi poteri di rappresentanza (i primi tre Talamona, Ferro e Troiani, già in forza di prime procure, successivamente ulteriormente potenziate; gli altri cinque in forza di unica procura). Tale elemento sostanziale rendeva essenziale la prestazione delle necessarie dichiarazioni di legge, in ordine ai requisiti generali, anche da parte dei seguenti soggetti:

-TALAMONA Mauro, nella sua qualità di "direttore della divisione impianti sistemi", oltre ad essere incaricato/delegato in materia di sicurezza (con le svariate attività connesse), è anche un vero e proprio "procuratore"; e ciò già in forza dei poteri conferiti con la prima delle due procure (del 5/8/2008) che lo abilitavano a rappresentare la società, negoziare, a partecipare a gare di appalto sia in Italia che all'estero, a definire e concordare tutte le clausole contrattuali, nonché a sottoscrivere tutti gli atti e documenti (cfr. lett. A-B-C della visura, pagg. 124 e 125); la seconda procura, del 9/7/2009 (successiva alla partecipazione alla gara in questione) definisce ulteriormente e potenzia (ma non attribuisce per la prima volta) i poteri di rappresentanza della società GEMMO (cfr. lett. A-B-C-D-E-F-G-H della visura, pagg. 125 e 126); del pari è irrilevante la successiva (terza) procura attribuita a Talamona il 30.7.2009 (riportata a pagg. 104-105-106 della visura), in quanto anch'essa successiva alla presentazione dell'offerta in questa gara;

-anche le posizioni di FERRO Marco e TROIANI Ugo sono assimilabili, in quanto, entrambi erano già stati nominati i procuratori con due precedenti atti del 19/12/2006 (cfr. pag. 99 della visura), rispettivamente nella loro qualità, il primo, di "responsabile della Business Unit progettazione" ed il secondo, di "responsabile della divisione illuminazione pubblica", oltre che addetti agli specifici settori (in particolare in materia di sicurezza del lavoro, prevenzione, igiene,...), vennero però anche nominati, già con tale prima procura, rappresentanti della società, sia in Italia che all'estero, con ampi poteri di negoziare, concordare, modificare e sottoscrivere clausole contrattuali, partecipando anche a raggruppamenti di imprese ai fini della partecipazione a gare d'appalto, con poteri di firma (cfr. per Troiani punti A-B-C-D-E- della visura, pagg. 119-120, che riportano i poteri oggetto della prima procura conferita nel 2006; la successiva procura del 9/7/2009 -successiva alla gara- ha solo potenziato ed ampliato i poteri di rappresentanza, che erano già stati, in precedenza, conferiti; per Ferro cfr. testo della procura speciale, seconda parte (pag. 6) conferita il 19.12.2006 ;

-LELLI Michele, è abilitato, in forza di procura conferita il 9/9/2008, alla rappresentanza della società nei confronti della pubblica amministrazione in genere ed in particolare nei confronti dell'amministrazione finanziaria, è abilitato a rappresentare la società davanti a tutti gli organi dell'autorità giudiziaria di qualsiasi ordine, grado e giurisdizione; può nominare avvocati e procuratori per la rappresentanza in giudizio della società; può stipulare convenzioni transattive, nominare consulenti, stipulare e sottoscrivere contratti, entro determinati importi, anche d'appalto (cfr. lett. A-B-C-D-E-F-G-H-I-J-K-L-M-N-O-P della visura, pagg. 73-74-75);

-RIGGIO Alessandro, nella sua qualifica di "direttore commerciale centrale" è stato nominato procuratore, con atto del 6/11/2008, con ampi poteri di rappresentanza della società, di partecipazione a gare d'appalto, di sottoscrizione dei relativi atti, contratti ed impegni, con definizione delle clausole contrattuali e con poteri di firma (cfr. lett. A-B-C-D-E-F-G- della visura, pagg. 75-76);

-PILOTTO Claudio, nella sua qualità di "direttore progetti estero", è stato nominato procuratore (con atto del 6/11/2008), con ampi poteri di rappresentanza sia in Italia che all'estero, con poteri di

negoziare e concordare le clausole contrattuali, i patti parasociali, nonché partecipare a gare d'appalto in proprio e in raggruppamento, con facoltà di compiere tutti gli atti conseguenti agli affidamenti, con poteri di firma (cfr. lett. A-B-C-D-E della visura, pagg. 80);

-FRATINI Claudio, nella sua qualità di "responsabile dell'ufficio preventivi", è stato nominato procuratore (con atto del 6/11/2008) con ampi poteri di rappresentanza della società, sia in Italia che all'estero, con facoltà di concorrere a gare d'appalto, di formulare e presentare offerte, di sottoscrivere i relativi atti e contratti, con poteri di firma, con facoltà di definizione delle clausole contrattuali, con possibilità di partecipare a raggruppamenti tra imprese (cfr. lett. A-B-C-D-E-F-G-H della visura, pagg. 81-82);

-GEMMO Corinna, nella sua qualità di "dirigente della funzione affari generali", è stata nominata procuratore (con atto del 6/11/2008) con ampi poteri di rappresentanza della società sia in Italia che all'estero, con poteri di rappresentare la società avanti a qualsiasi autorità, con poteri di nomina e revoca di procuratori si è innanzi alla pubblica amministrazione sia dinanzi agli organi dell'autorità giudiziaria, con poteri di concordare e stipulare transazioni, con poteri di negoziare, stipulare e sottoscrivere atti e contratti concernenti la partecipazione ad altre società, di garanzia, entro determinati importi (cfr. lett. A-B-C-D-E-F-G-H-I-J-K-L-M-N della visura, pagg. 82-83);

**

Avrebbero, quindi, dovuto rendere le necessarie dichiarazioni (ex art. 38 del codice 163/2006) anche i "procuratori":

- TALAMONA (procura del 5 agosto 2008);
- FERRO e TROIANI (procura del 19 dicembre 2006);
- LELLI (procura del 9 settembre 2008);
- RIGGIO (procura del 6 novembre 2008);
- PILOTTO (procura del 6 novembre 2008);
- FRATINI (procura del 6 novembre 2008);
- GEMMO Corinna (procura del 6 novembre 2008).

Risultano depositate le autodichiarazioni di RIGGIO, PILOTTO, FRATINI, GEMMO Corinna, tutti institori cessati dalla carica il 6.11.2008 (cfr. doc. n. 2 del deposito in giudizio dell'1.4.2010 da parte della difesa Gemmo), ma non anche quelle di TALAMONA, FERRO, TROIANI e LELLI.

E nelle gare pubbliche i requisiti morali e professionali devono essere valutati in capo a tutti i soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti, avuto riguardo alle funzioni sostanziali da essi svolte più che alle qualifiche formali possedute, dovendosi l'obbligo della dichiarazione delle condanne eventualmente riportate ritenersi esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di "amministratore" con potere di rappresentanza, ma anche al "procuratore" dell'impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi (cfr. T.A.R. Molise Campobasso, 10 marzo 2010, n. 172; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 19 maggio 2008, n. 971; Consiglio Stato, sez. VI, 08 febbraio 2007, n. 523).

Essendovi tale omissione, in riferimento a 4 posizioni, la Gemmo avrebbe dovuto essere esclusa, anche per questo profilo.

Il inc. 3) ISTITUTORE-PRES. ONORARIO Franco GEMMO (cessato e deceduto).

Diversamente non è fondata la terza censura del ricorso incidentale

La ricorrente incidentale Smail-Aristea censura anche la mancata presentazione della dichiarazione (sempre in ordine ai requisiti generali, art. 38) di Franco GEMMO, il quale risulta dalla visura camerale aver ricoperto dal 9 gennaio 2006 la qualifica di "istitutore", con cessazione dalla carica intervenuta con l'iscrizione alla CCIAA il 12 maggio 2008-data atto 15.4.2008 (cfr. doc. n. 10 depositato in giudizio il 20/1/2010). Gemmo Franco cessava, poi, anche dalla carica di "presidente onorario", con successiva iscrizione dell'8 luglio 2008 (data atto 2/6/2008).

Risulta, peraltro, dalla documentazione depositata in giudizio che:

i due precedenti penali (ammenda di Lire 100.000 del Pretore di Monfalcone del 1968; patteggiamento ad 8 mesi di reclusione e 6 milioni di multa del Tribunale di Vicenza del.1.10.1990) a carico di Gemmo Franco sono stati dichiarati formalmente "estinti" dal Tribunale di Vicenza (il 3.2.2005) e dal Tribunale di Gorizia (il 10.3.2005). Ne deriva che, come la giurisprudenza ha riconosciuto in materia di "falso innocuo" (cfr. Tar Sardegna 9.10.2009 n. 1525 e TAR Lazio, sez. II, n. 3984 del 20 aprile 2009, in materia di precedenti non dichiarati), l'omessa dichiarazione di precedenti estinti -in quanto comunque non utilizzabili per la valutazione della moralità professionale- non può essere sanzionata con l'esclusione.

Inoltre, nel caso di specie, la situazione è connotata dall'ulteriore elemento dell'intervenuto decesso di Franco Gemmo; a questo proposito il Collegio ritiene che:

per gli amministratori/procuratori/direttori tecnici "cessati" dalla carica nell'ultimo triennio debbono individuarsi, in materia di dichiarazioni, strumenti e mezzi alternativi (come il bando ha consentito) considerato il fatto che coloro che non appartengono più alla compagine societaria si trovano nella

condizione di “non poter o non voler” rilasciare le personali dichiarazioni;
 deve quindi individuarsi, quale strumento attenuato, la possibilità per altri soggetti (legali rappresentanti) di compiere dichiarazioni aventi contenuto analogo e/o affine;
 in ogni caso va attribuita rilevanza, se del caso, all’eventuale riscontrato “falso innocuo”, come la giurisprudenza ha riconosciuto, in caso di dichiarazioni negative (omesse o di contenuto diverso, ma incapaci di ledere in quanto inutilizzabili nel giudizio da compiersi a cura dell’Amministrazione).
 L’omissione di dichiarazioni prive di lesività sostanziale non possono, cioè, condurre all’esclusione dalla gara per il mero dato formale.

Questa censura (contenuta nel ricorso incidentale Smail-Aristea, nel secondo ricorso Gemmo) va quindi respinta.

In definitiva la società GEMMO (2^a classificata) andava esclusa, in accoglimento del ricorso incidentale promosso da Smail-Aristea nel secondo ricorso n. 25/2010, per fondatezza delle prime due censure formulate .

Dalla fondatezza del ricorso incidentale Smail-Aristea deriva l'improcedibilità del ricorso principale Gemmo 25/2010, per carenza di interesse.

In conclusione:

I°):

- va respinto il ricorso incidentale di GEMMO nel primo ricorso Citelum;
- va respinto il ricorso principale CITELUM avverso l'ammissione di Smail-Aristea;
- va dichiarata, di conseguenza, l' improcedibilità della restante parte del ricorso CITELUM, per carenza di interesse, avverso le ammissioni di Gemmo e di It-Cofathec;

II°):

- va accolto il ricorso incidentale proposto da SMAIL-ARISTEA nel secondo ricorso GEMMO;
 - va dichiarato, di conseguenza, improcedibile, per carenza di interesse, il secondo ricorso GEMMO.
- Le spese di giudizio possono integralmente compensarsi, in considerazione della complessità della controversia.

P.Q.M.

- Riunisce i due ricorsi 1181/2009 e 25/2010;
- respinge il ricorso incidentale di GEMMO nel primo ricorso Citelum 1181/2009;
- respinge il ricorso principale CITELUM avverso l'ammissione di Smail-Aristea (1181/09);
- dichiara improcedibile la restante parte del ricorso CITELUM, per carenza di interesse, avverso le ammissioni di Gemmo e di It-Cofathec;
- accoglie il ricorso incidentale proposto da SMAIL-ARISTEA nel secondo ricorso GEMMO 25/2010;
- dichiara improcedibile, per carenza di interesse, il secondo ricorso GEMMO 25/2010

Spese compensate

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 14/04/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

