

Publicato il 23/11/2017

N. 02228/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00666/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 666 del 2017, proposto da:
Co.Ge.S. Consorzio Gestione Servizi, Santamaria S.r.l., Premav S.r.l.,
Rappo S.r.l., Riva Giardini S.p.A. e S.M.E.I. Società Milanese Eco
Interventi S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t.,
tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Enzo Giacometti e Antonio
Marchianò, domiciliati presso la Segreteria del Tribunale

contro

Comune di Milano rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello
Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnolato, Sabrina Maria
Licciardo, Danilo Parvopasso e Sara Pagliosa, domiciliato in Milano,
via della Guastalla 6

nei confronti di

AVR S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federica Fischetti in Milano, via Amadei, 8

per l'annullamento

1) della determinazione dirigenziale n. 44 del 23/02/2017, trasmessa il giorno successivo, recante l'aggiudicazione definitiva a favore del r.t.i. controinteressato del “Servizio globale per la manutenzione programmata delle aree a verde pubblico – lotto 3” del Comune di Milano;

2) dell'atto di nomina del membro esterno della commissione giudicatrice;

3) dei verbali di gara, ivi compresi quelli del sub procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta;

4) della determinazione dirigenziale di congruità dell'offerta;

e per la conseguente condanna del Comune di Milano

a) in principalità, all'aggiudicazione e alla stipulazione del relativo contratto, in favore del Consorzio ricorrente, previa declaratoria ex art. 122 c.p.a. d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con richiesta di subentro;

b) in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente monetario;

c) in via ulteriormente subordinata, alla riedizione delle operazioni di gara.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di AVR S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 30 marzo 2017 CO.GE.S. Consorzio Gestione Servizi, unitamente alle sue consorziate partecipanti alla gara di cui in epigrafe, ha chiesto l'annullamento della determinazione dirigenziale con cui la gara stessa è stata aggiudicata al raggruppamento capitanato dalla società controinteressata (lotto n. 1), esponendo di essersi classificato al secondo posto in graduatoria e deducendo l'illegittimità della procedura impugnata sotto plurimi profili.

Si sono costituiti il Comune convenuto, che ha chiesto il rigetto del ricorso, e AVR S.p.A., che ha altresì depositato ricorso incidentale, e la Sezione ha respinto la proposta domanda cautelare con la seguente motivazione:

“Considerato il ricorso, seppure ad un primo sommario esame, non suscettibile di accoglimento, in quanto:

- il contratto di avvalimento, con gli elenchi allegati del personale e dei mezzi, appare valido;
- le doglianze sull'attribuzione dei punteggi e sulla verifica dell'anomalia, pur nella loro complessità tecnica, non appaiono fondate;
- non risulta violato l'art. 84 del D.Lgs. 163/2006, in quanto il Comune di Milano ha chiesto al Politecnico di Milano il nominativo

di professori esperti del settore e la circostanza che il Politecnico abbia fornito il nominativo di un solo docente non viola la “ratio” della norma, che è quella di sottrarre all’arbitrio della stazione appaltante la scelta del commissario di gara (cfr. il doc. 63 del resistente)”.

La causa è stata infine discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 26 ottobre 2017.

DIRITTO

Occorre preliminarmente esaminare le censure introdotte dalla controinteressata con il ricorso incidentale, in quanto tese all’annullamento in parte qua delle determinazioni comunali che hanno consentito la partecipazione alla gara del Consorzio ricorrente, o che non l’hanno comunque escluso nelle fasi di ammissione e di valutazione dell’offerta.

Con il primo motivo, AVR ha esposto che la seconda classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara controversa per avere omesso di rendere la dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 riferita al nominativo del responsabile tecnico incaricato per l’attività di gestione rifiuti.

Il motivo è infondato, in quanto risulta dall’esame degli atti depositati nel fascicolo di causa che COGES – unitamente alle società consorziate Premav e Santamaria- ha rilasciato in modo completo le opportune dichiarazioni, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006, così come richieste dal bando, e che la lex specialis di gara – in conformità del citato art. 38 - non prevedeva il rilascio di una dichiarazione specificamente riferita al responsabile tecnico per l’attività di gestione rifiuti (attività avente peraltro funzione meramente ancillare rispetto alla prestazione

principale oggetto di appalto), come tale distinto dal direttore tecnico vero e proprio, in relazione al quale le dichiarazioni sono state invece presentate.

Con il secondo motivo AVR ha evidenziato l'asserita mancata corrispondenza, con riferimento alle ditte consorziate partecipanti alla gara nell'ambito del consorzio ricorrente, tra le quote di partecipazione al consorzio e le quote di partecipazione alla gara (e di esecuzione del servizio) indicate nella domanda di partecipazione.

Anche questo motivo è infondato, poiché risulta dagli atti di causa che COGES ha indicato percentuali di esecuzione, sia per i servizi che per le opere della categoria prevalente OS24, in conformità di quanto disposto dall'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 (norma *ratione temporis* applicabile) e che le quote di esecuzione dei servizi e dei lavori da parte delle società consorziate corrispondono a quelle riportate nella domanda di partecipazione alla gara, con qualificazione legittima di ciascuna impresa interessata, a termini di bando, per la parte di prestazioni che s'impegnava ad eseguire.

D'altra parte, l'avvenuta abrogazione, ad opera del d.l. n. 47/2014, del comma 13 dell'art. 37 del codice previgente, ha confermato la tesi prevalsa in giurisprudenza secondo cui negli appalti di servizi sussiste soltanto l'obbligo per le imprese raggruppate (o consorziate ex art. 2602 c.c.) di indicare le parti del servizio facenti capo a ciascuna di esse, ma non sussiste alcun divieto normativo con riferimento all'indicazione di quote di esecuzione di un servizio, da parte delle società consorziate, in misura diversa rispetto alle quote di partecipazione al consorzio.

Con il terzo motivo AVR he dedotto l'illegittimità della condotta tenuta dalla stazione appaltante, in relazione alla mancata esclusione per anomalia dell'offerta della seconda classificata.

Il motivo è inammissibile per carenza di interesse attuale e concreta, come correttamente eccepito dal Comune resistente e dai ricorrenti, in quanto la verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da COGES non è stata portata a compimento e la stazione appaltante non ha adottato alcun provvedimento in merito; si tratta ad ogni modo di un caso di contestazione afferente a poteri amministrativi non ancora esercitati, cui si ricollega il divieto per il Giudice di pronunciare, ai sensi dell'art. 34, comma 2 c.p.a..

Il ricorso incidentale è dunque integralmente da respingere.

Passando all'esame del ricorso principale, le doglianze esposte da Coges possono essere così suddivise:

- nullità per indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato al fine di dimostrare il possesso del requisito nella categoria prevalente OS24 (primo motivo), con conseguente assenza del requisito de quo in capo all'aggiudicataria;
- violazione da parte di AVR della lex specialis di gara e delle norme poste a presidio della validità dell'offerta, con illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria in relazione ai requisiti del rispetto dell'organico minimo medio annuo (secondo motivo) e della completezza del progetto tecnico (quarto motivo);
- abnormità dell'operato della commissione giudicatrice nell'esercizio dei suoi poteri di discrezionalità tecnica, da cui sarebbero derivati:
 - 1) un'attribuzione di punteggio sproporzionato all'aggiudicataria, con particolare riferimento al presupposto della "completezza delle tipologie di attività manutentive pianificate e programmate" (sub

elemento 1.2) e della “completezza delle informazioni proposte, coerenza con quanto richiesto dal capitolato ...” (sub elemento 1.3) (terzo motivo);

2) un ingiustificato trattamento di favore, sempre in termini di punteggio attribuito, per il raggruppamento controinteressato (quinto motivo), con particolare riferimento:

a) alla “quantità e diversificazione delle soluzioni proposte” in merito al requisito della sostenibilità ambientale;

b) alla “formazione del personale dell’impresa”;

c) al “controllo supplementare delle alberature”;

d) alle “metodologie aggiuntive/innovative rispetto alla modalità prevista nel CSA”;

- anomalia dell’offerta, in quanto l’attività di “LAVORAZIONE 01.1.a.1 Mantenimento prati ... in altezza tra 5 e 11 cm per i parchi storici (specifica lavorazione 01.1.a.1) e tra 5 e 20 cm. per le restanti aree (specifica lavorazione 01.1.a.2)”, così come prospettata, in termini di costo della manodopera, dall’aggiudicataria, sarebbe stata sottostimata di circa due terzi rispetto al costo effettivo da sostenere, con una differenza reale di esborsi che assorbirebbe integralmente l’utile complessivo esposto (€ 791.565,55) e determinerebbe anzi una decisa perdita economica nell’arco del triennio (sesto motivo);

- violazione e falsa applicazione dell’art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 (norma *ratione temporis* applicabile), poiché la nomina del membro esterno della commissione giudicatrice, prof.ssa Lionella Scazzosi, che ha preso parte anche alla commissione deputata alla valutazione dell’anomalia dell’offerta, sarebbe avvenuta a seguito di una mera indicazione ad personam del Rettore del Politecnico di

Milano e non sulla base dell'individuazione prevista dalla lett. b) dell'art. 84 citato (ultimo motivo di ricorso).

Con riferimento al primo motivo (mancanza di qualificazione e nullità del contratto di avvalimento), le doglianze del Consorzio ricorrente sono infondate per le ragioni che si vanno ad esporre.

Esaminando il contratto di avvalimento sottoscritto tra AVR e la società cooperativa Avola – avente ad oggetto l'attestazione SOA per l'iscrizione nella categoria OS24 classifica VI – si può agevolmente constatare la sussistenza e la congruità delle dichiarazioni e degli impegni richiesti dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 (norma *ratione temporis* applicabile).

In particolare, nella dettagliata elencazione di tutti i mezzi e il personale “prestati” dall'ausiliaria (cfr. documento n. 6 depositato dalla ricorrente) sono da considerarsi ricompresi, anche “*de relato*”, la capacità economica, la direzione tecnica e la certificazione di qualità (aspetti critici maggiormente evidenziati dai ricorrenti).

Preliminarmente, il Collegio osserva che l'oggetto del contratto di avvalimento, per essere lecito, può avere, a seguito del chiarimento interpretativo offerto dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (n. 23 del 2016), un contenuto anche solo determinabile, in coerenza con le norme sui contratti contenute nel codice civile; da ciò deriva che il Giudice può verificare se dalle formule usate dai contraenti nel patto negoziale, per quanto non fornite di adeguata specificazione, emergano i necessari indici di riferimento per un'agevole ed immediata interpretazione nel dettaglio della volontà genericamente espressa.

Nel caso di specie, si evince dal punto E) dell'art. 4 (“obblighi della impresa ausiliaria”) del contratto di avvalimento in discussione, e

dall'allegato 1 a tale contratto – dove è indicato un dettagliato elenco di personale e mezzi - che l'ausiliaria Avola si è impegnata a mettere a disposizione di AVR tutto il proprio compendio aziendale, obbligandosi altresì “a consegnare tutti i documenti, bilanci, dichiarazioni e certificazioni di cui l'avvalente avrà necessità per la partecipazione alle diverse fasi della procedura di gara (...)” e “a mettere a disposizione dell'avvalente le ulteriori risorse tecniche per l'esecuzione dell'appalto di cui è carente l'avvalente”.

Orbene, non è possibile ritenere, anche alla luce del principio di conservazione degli atti negoziali e del favor participationis agli appalti pubblici, che nell'impegno sottoscritto da Avola non sia ricompresa anche la messa a disposizione di tutto il proprio compendio aziendale, ivi inclusi la capacità economica, la direzione tecnica e la certificazione di qualità; non avrebbe altrimenti senso aver inserito nel contratto di avvalimento il riferimento a bilanci e certificazioni e la formula della messa a disposizione delle “ulteriori risorse tecniche per l'esecuzione dell'appalto di cui è carente l'avvalente”.

Tale formula non ha rilievo meramente stilistico ma serve a costituire una clausola di chiusura dell'impegno contrattuale – alla luce del forte dettaglio con cui sono state indicate le altre risorse cedute –, volta a non lasciare fuori dall'impegno contrattuale stesso nessuno dei requisiti indispensabili allo scopo.

Né osta a tale conclusione il fatto che l'impresa avvalente impieghi contemporaneamente il proprio complesso aziendale in altro appalto in cui ha speso la titolarità della stessa qualificazione “prestata”, in quanto è corretta l'affermazione secondo cui l'applicazione di matrice eurounitaria del principio di proporzionalità implica

l'interpretazione delle disposizioni in materia di avvalimento nel senso di non imporre all'impresa ausiliaria un obbligo di esclusiva nei confronti dell'impresa ausiliata.

L'accertata congruità del contratto di avvalimento de quo costituisce dunque motivo di legittimità dell'ammissione operata dalla stazione appaltante.

Anche il secondo motivo di ricorso è infondato. Tenendo infatti presente che il monte ore stimato dal raggruppamento aggiudicatario è un dato medio e parziale (si evince infatti dall'offerta che lo stesso consideri le sole lavorazioni programmabili a priori), esso non può essere utilizzato come fondamento per contestare la violazione del capitolato speciale in punto di dotazione minima di personale.

D'altra parte, la *lex specialis* di gara richiedeva la disponibilità delle risorse di personale, prescrizione a fronte della quale è da considerarsi sufficiente la dichiarazione di impegno resa nel corso della procedura dal raggruppamento aggiudicatario.

Con riferimento al terzo, quarto, quinto e sesto motivo di ricorso (illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento capitanato dalla società controinteressata sotto il profilo dell'errato punteggio attribuito alle offerte dalla Commissione giudicatrice, dell'inidoneità del progetto tecnico dell'aggiudicataria e della manifesta erroneità del giudizio espresso in relazione alla verifica di anomalia effettuata), il Collegio rileva che per l'accertamento della fondatezza delle argomentazioni svolte dai ricorrenti, che afferiscono ad aspetti gestionali tipici del servizio da effettuare e che non sono state adeguatamente confutate - allo stato - dalle difese svolte dalle altre parti costituite in giudizio, risulta indispensabile disporre una consulenza tecnica di ufficio.

L'ultimo motivo del ricorso principale è stato invece svolto in subordine e sarà esaminato soltanto se le censure proposte in via prioritaria dovessero rivelarsi infondate.

Viene pertanto nominato quale c.t.u. il prof. ing. Alessandro Toccolini, Ordinario presso il Dipartimento di Scienze Agrarie e Ambientali - Produzione, Territorio, Agroenergia, dell'Università degli Studi di Milano, il quale dovrà rispondere ai seguenti quesiti:

1) se, con riferimento alla valutazione dei requisiti 1.2., 1.3., 3, 4.1. e 4.3. dell'offerta tecnica, l'attribuzione di punteggio al raggruppamento aggiudicatario possa considerarsi sproporzionata, abnorme, o comunque affetta da evidente travisamento dei presupposti di fatto, anche in relazione alla eventuale, diversa qualità delle prestazioni offerte dal Consorzio ricorrente per gli stessi criteri oggetto di valutazione;

2) quale sia, in base ai dati tecnici esposti nella sua offerta dal raggruppamento aggiudicatario, e con specifico riferimento all'attività: "LAVORAZIONE 01.1.a.1 Mantenimento prati ... in altezza tra 5 e 11 cm per i parchi storici (specifica lavorazione 01.1.a.1) e tra 5 e 20 cm. per le restanti aree (specifica lavorazione 01.1.a.2)", il costo che l'aggiudicataria stessa dovrà ragionevolmente sostenere per la manodopera, anche in relazione ai mezzi indicati per lo svolgimento del servizio, tenendo conto delle precisazioni fornite dall'aggiudicataria nell'ambito delle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia, oltre che delle contestazioni operate nei suoi scritti difensivi dal Consorzio ricorrente;

3) nel caso di risposta anche solo parzialmente positiva al quesito n. 1, quale sia un'ipotesi di punteggio ragionevolmente attribuibile al raggruppamento aggiudicatario - in luogo di quella effettivamente

assegnata dalla Commissione giudicatrice -, con riferimento agli specifici criteri presi in considerazione.

Il Collegio delega per il giuramento del consulente il relatore dr. Roberto Lombardi, che provvederà a raccoglierlo, secondo le modalità stabilite dall'articolo 193 del codice di procedura civile, il giorno 12 dicembre 2017, ore 15, presso la Segreteria della IV Sezione in Sede, con facoltà, qualora necessario, di precisare il quesito sopra indicato.

Si ritiene, infine, ai sensi dell'art. 67 c.p.a., di dovere assegnare i seguenti termini successivi al giuramento, prorogabili ai sensi dell'art. 154 del codice di procedura civile:

- a) un termine di 20 giorni per l'eventuale nomina, con dichiarazione ricevuta dal segretario, di consulenti tecnici di parte, i quali, oltre a poter assistere alle operazioni del consulente del giudice e ad interloquire con questi, potranno partecipare all'udienza e alla camera di consiglio ogni volta che sia presente il consulente del giudice per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le loro osservazioni sui risultati delle indagini tecniche;
- b) un termine di 60 giorni per la trasmissione, ad opera del consulente tecnico di ufficio, di uno schema della propria relazione alle parti, ovvero, se nominati, ai loro consulenti;
- c) un termine di 10 giorni dalla ricezione dello schema di relazione per la trasmissione al consulente tecnico di ufficio delle eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte;
- d) un termine complessivo di 90 giorni dall'inizio delle operazioni peritali per il deposito della relazione finale, in cui il consulente dovrà dare altresì conto delle eventuali osservazioni proposte dalle parti o dai loro consulenti, prendendo espressamente posizione su di esse.

Le spese della fase di merito saranno liquidate ad esito della pronuncia definitiva.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciando:

respinge il ricorso incidentale;

respinge parzialmente il ricorso principale, nei limiti di cui in motivazione.

Dispone, per il resto, gli incumbenti istruttori nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Rinvia la trattazione della causa alla prima udienza utile successiva al deposito della relazione finale di consulenza tecnica, con data da stabilirsi con successiva ordinanza.

Spese riservate al definitivo.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Lombardi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO