

Publicato il 27/07/2018

N. 01856/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 00691/2018 REG.RIC.

 logo

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 691 del 2018, proposto da Autosoccorso Lauria Franco, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Di Matteo, presso il cui studio, in Milano, via Visconti di Modrone n. 3, è elettivamente domiciliato;

*contro*

Comune di Como, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Antonietta Marciano, Chiara Piatti e Marilisa Ogliaroso, con domicilio digitale [marciano.antonietta@comune.pec.como.it](mailto:marciano.antonietta@comune.pec.como.it), [chiara.piatti@como.oeavvocati.it](mailto:chiara.piatti@como.oeavvocati.it), [ufficio.legale@comune.pec.como.it](mailto:ufficio.legale@comune.pec.como.it);

*nei confronti*

Autosoccorso Molteni Luca, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Guidi e Silvia Nicodemo, domiciliato presso gli indirizzi pec [avv.silvianicodemo@ordineavvocatibopec.it](mailto:avv.silvianicodemo@ordineavvocatibopec.it), [guidi@monza.pecavvocati.it](mailto:guidi@monza.pecavvocati.it);

*per l'annullamento, previa sospensiva:*

- della determina dirigenziale dell'Avv. Giuseppe Ragadali n. 318 del 15.02.2018 (e relativi allegati), avente per oggetto "affidamento in concessione del servizio di rimozione forzata, deposito e custodia dei veicoli ai sensi del codice della strada e relativo regolamento di esecuzione e di attuazione - cig7114373652: determina di aggiudicazione della procedura di gara" - comunicata dalla nota del 19.02.2018;

- della determina dirigenziale n. 2350 RG del 20.11.2017 del Direttore del Settore Appalti e Contratti con cui è stato rettificato il bando di gara n. 3139/2017 e che ha modificato il disciplinare di gara nell'art. 9 lett. B con l'eliminazione del requisito ex art. 83, co. 1, lett.

a) del D.Lgs. 50/2016 "Iscrizione nell'Elenco Prefettizio concernente le imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 571/1982 e all'art. 394 del D.P.R. 16.12.1992 n. 495 "Regolamento di attuazione del Codice della Strada" dal disciplinare e dall'allegato DGUE (Parte IV- Sez. A);

- per quanto occorrer possa, del bando, della lex specialis e dei verbali di gara della procedura di concessione in oggetto;

- di ogni ulteriore diverso atto pregresso, presupposto, connesso e conseguente, richiamato e indicato nella citata determina dirigenziale n. 318/2018 gravata e/o indicato e richiamato, nonché non richiamato, nel presente ricorso;

per il connesso/consequente accertamento/dichiarazione

- dell'esclusione della impresa individuale Autosoccorso Molteni Luca dalla procedura di concessione per affidamento del servizio di rimozione forzata, deposito e custodia dei veicoli ai sensi del codice

della strada e relativo regolamento di esecuzione e di attuazione - cig 7114373652 – Comune di Como;

- del diritto del ricorrente Autosoccorso Lauria Franco all'aggiudicazione della procedura di concessione per affidamento del servizio di rimozione forzata, deposito e custodia dei veicoli ai sensi del codice della strada e relativo regolamento di esecuzione e di attuazione - cig 7114373652 – Comune di Como;

per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Como e di Autosoccorso Molteni Luca;

Visti tutti gli atti e i documenti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio l'impresa individuale Autosoccorso Lauria Franco impugna, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare dell'efficacia, la determina del Comune di Como di affidamento in concessione all'impresa individuale Autosoccorso Molteni Luca del servizio di rimozione forzata, deposito e custodia dei veicoli ai sensi del Codice della strada e relativo Regolamento di attuazione ed esecuzione, per la durata di 27 mesi con possibilità di proroga per ulteriori 6 mesi, nonché degli atti

presupposti, in particolare la legge di gara, così come modificata in corso di gara (atti tutti in epigrafe compiutamente individuati).

Unitamente alla domanda caducatoria, parte ricorrente ha anche formulato domanda di esclusione dalla gara dell'impresa controinteressata e di aggiudicazione del servizio in questione, nonché domanda di risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Como, sia l'impresa Autosoccorso Molteni Luca, contestando entrambi la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione del ricorso promosso da Autosoccorso Lauria.

Accolta dal Tribunale la domanda cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 21 giugno 2018 e in quella sede, dopo ampia discussione, trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Viene all'esame di questo Tribunale la procedura aperta bandita dal Comune di Como per l'assegnazione del servizio di rimozione forzata, deposito e custodia dei veicoli ai sensi del Codice della strada e relativo Regolamento di attuazione ed esecuzione.

La concessione è stata assegnata all'Autosoccorso Molteni Luca. L'Autosoccorso Lauria Franco, unico altro concorrente, contesta gli esiti della gara, deducendo plurime censure, alcune delle quali volte a ottenere l'aggiudicazione del servizio, oltre la riedizione della gara.

Preliminarmente, il Collegio dispone l'espunzione dal fascicolo d'ufficio della memoria del Comune resistente depositata in data 5 giugno 2018 e della nota dell'impresa ricorrente depositata in data 21 giugno 2018, ovverosia, in entrambi i casi, oltre la barriera preclusiva di cui all'articolo 73 Codice di rito.

Sempre in via preliminare, il Collegio deve pronunciarsi sulla eccezione di inammissibilità e/o irricevibilità, sollevata sia dalla difesa del Comune, sia dalla difesa della impresa controinteressata, con riguardo alla parte del ricorso che stigmatizza la scelta della stazione appaltante di non prevedere più, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione all'elenco prefettizio di cui all'articolo 8 D.P.R. n. 571/1982, e a quella parte che censura il criterio di aggiudicazione della concessione.

Si tratta di un'eccezione infondata.

In aderenza al consolidato orientamento giurisprudenziale, da ultimo ribadito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018, devono, infatti, essere oggetto di immediata e autonoma impugnazione solamente quelle clausole della legge di gara che impediscono all'operatore economico di partecipare alla gara medesima. Autosoccorso Lauria Franco ha presentato offerta e non è stato escluso, ed è sufficiente tale dato per rendere palese la totale infondatezza di detta eccezione, e, di contro, la tempestività dell'impugnativa.

Si può, dunque, passare all'esame dei singoli motivi di impugnazione dedotti dal ricorrente. Conformemente alla graduazione degli interessi operata dal difensore del ricorrente in sede di pubblica udienza e comunque coerentemente alla natura degli interessi medesimi, verranno prioritariamente esaminate le censure il cui accoglimento soddisfa l'interesse finale del ricorrente al conseguimento del bene della vita, e solo in subordine ed eventualmente quelle il cui accoglimento soddisfa l'interesse strumentale al rifacimento della gara.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di *“Violazione e falsa applicazione di Legge 241/1990 e s.m.i. – art. 1 principio di legalità; art. 3 motivazione del provvedimento – Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 30, 97, 164, 173 del D.Lgs. 50/2016 – Art. 97 Cost (precomma) - Carenza/assenza di istruttoria – Eccesso di potere – Travisamento dei fatti/atti e altro”*, lamentando il mancato esperimento della verifica di congruità dell’offerta del controinteressato, tenuto conto dell’ammontare (606,40%) del rialzo promesso.

La doglianza è infondata.

Ai sensi del bando di gara la verifica dell’anomalia dell’offerta migliore era una facoltà e non un obbligo del Comune, sicché il non aver attivato il sub-procedimento per l’apprezzamento della congruità della stessa non determina l’illegittimità dell’aggiudicazione. Non va, infatti, dimenticato che oggetto della gara è un contratto di concessione e non un contratto di appalto, e alla prima tipologia di contratti non si estende analogicamente l’intera stringente disciplina in punto di anomalia dettata per la seconda fattispecie negoziale.

Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di *“Contraddittorietà tra la lex specialis, che prevedeva il criterio OEPV, e la procedura svolta al massimo rialzo sulla piattaforma Sintel. Modifica della lex specialis in corso di gara – Illegittimità per difetto di motivazione/istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, violazione dei principi di congruità e proporzionalità, e incompetenza. Violazione e falsa applicazione di Legge 241/1990 e s.m.i. – art. 1 principio di legalità; art. 3 motivazione del provvedimento – Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 30, 83, 94, 95, 97, 164, 170, 171, 172, 173 del D.Lgs. 50/2016 – Carenza/assenza di istruttoria – Eccesso di potere – Travisamento dei fatti/atti*

*e altro*”. Stigmatizza la deducente il fatto che pur essendo una gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il servizio è stato affidato al massimo rialzo. Ritiene altresì illogica ed arbitraria l’eliminazione del requisito dell’iscrizione all’elenco prefettizio ai fini della partecipazione alla gara, trattandosi di requisito obbligatorio ex lege.

La doglianza è parzialmente fondata.

Specificatamente, non merita condivisione la tesi di parte ricorrente per cui male avrebbe fatto il Comune a non mantenere quale requisito di partecipazione alla gara l’iscrizione nel registro prefettizio di cui all’articolo 8 D.P.R. n. 571/1982.

Invero, il suddetto registro si riferisce ai privati autorizzati a svolgere, in luogo della pubblica Autorità, la custodia dei beni (ivi compresi i veicoli) sequestrati quale conseguenza della commissione di un illecito amministrativo ex L. n. 689/1981. Oggetto della concessione per cui è causa è, invece, il diverso servizio di rimozione forzata, deposito e custodia di veicoli ai sensi del cd. Codice della Strada e del relativo Regolamento di attuazione e di esecuzione, che può essere svolto anche da soggetti non iscritti nel suddetto registro prefettizio.

Di contro, come già osservato – sia pure a un esame necessariamente sommario – in fase cautelare da questo Tribunale – la posizione di parte ricorrente è condivisibile laddove sostiene che la scelta, quale criterio di aggiudicazione, dell’offerta economicamente più vantaggiosa [punto II.2.5) del bando di gara] imponeva al Comune di fissare, accanto a criteri di valutazione della convenienza economica (i.e. massimo rialzo), anche criteri di valutazione del pregio qualitativo dell’offerta medesima.

E' dunque illegittima la legge di gara che non ha previsto detta seconda tipologia di criteri di valutazione delle offerta, con la conseguenza che, a cascata, è illegittima anche la aggiudicazione disposta sulla base di essa.

Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di *“Contraddittorietà tra la lex specialis, che non fissava alcun limite alla percentuale di rialzo sul canone base, e la piattaforma Sintel, che invece non consentiva la formulazione di un rialzo superiore al 100%. Violazione e falsa applicazione di Legge 241/1990 e s.m.i. – art. 1 principio di legalità; art. 3 motivazione del provvedimento – Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 30, 97, 164, 173 del D.Lgs. 50/2016 – Carenza/assenza di istruttoria – Eccesso di potere –Travisamento dei fatti/atti e altro”*. Osservando come il sistema telematico consentisse al più un aumento del 100% sulla base d'asta, mentre la lex specialis non poneva limitazioni a tale rialzo, ritiene il ricorrente che il controinteressato sia stato indebitamente avvantaggiato perché gli è stata valutata un'offerta oltre il suddetto limite.

Anche questa doglianza è fondata, come parimenti già riscontrato dal Tribunale in sede cautelare.

In effetti, una volta scelta dall'Amministrazione concedente la piattaforma Sintel come unico mezzo per presentare offerta e svolgere il confronto competitivo, e in assenza di prescrizioni di segno contrario nella lex specialis di gara, alle regole della piattaforma Sintel doveva attenersi il concorrente nella formulazione dell'offerta. Sicché, se la piattaforma Sintel consentiva al massimo un rialzo del 100% quello era il limite dell'offerta economica.

Ammettere la possibilità di aggirare il sistema, caricandovi un documento scritto contenente un'offerta maggiore del massimo

rialzo consentito dal sistema medesimo, determina una inammissibile violazione della par condicio fra gli offerenti. Sennonché, a fronte, di una maggiore offerta (quella dell'Autosoccorso Molteni Luca) il Comune non avrebbe dovuto escluderla - così come pretende la ricorrente - bensì tenere conto esclusivamente del rialzo indicato attraverso il sistema e non di quanto indicato nel separato allegato.

Con il quarto motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di *“Violazione e falsa applicazione di Legge 241/1990 e s.m.i. – art. 1 principio di legalità; art. 3 motivazione del provvedimento – artt. 4,5,6 - Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 30, 31, 32, 33, 97, 164, 173 D.Lgs. 50/2016 – Carenza/assenza di istruttoria – Eccesso di potere – Travisamento dei fatti/atti e altro”*, lamentando che il RUP non abbia svolto alcuna attività istruttoria, ma sia rimasto sostanzialmente estraneo al procedimento, mentre tutti gli atti del procedimento sono stati adottati dal dirigente del settore, con la conseguenza che sarebbero viziati da incompetenza.

La doglianza è infondata.

Va, invero, considerato che ai sensi dell'articolo 31, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, il RUP – tra le altre cose – cura il corretto e razionale svolgimento della procedura di gara, mentre, ai sensi, dell'articolo 107 D.Lgs. n. 267/2000, spetta al Dirigente l'adozione dell'atto conclusivo del procedimento, ivi compresa l'aggiudicazione del contratto.

Nel caso di specie, correttamente l'aggiudicazione della concessione è stata disposta dal Dirigente del Settore Appalti e Contratti del Comune di Como, e – a quanto consta – gli atti di gara (i.e., apertura, valutazione e graduazione delle offerte) sono stati svolti dal Presidente del seggio (cfr. doc. 6 del fascicolo di parte resistente).

In conclusione, il ricorso è fondato quanto al secondo motivo di ricorso e quanto al terzo motivo di ricorso, limitatamente alla parte in cui si censura la mancata previsione di criteri di valutazione del pregio qualitativo delle offerte pur se il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per l'effetto gli atti impugnati sono annullati.

Dall'annullamento degli atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione alla impresa controinteressata, non discende l'aggiudicazione della concessione all'impresa ricorrente, ma – se del caso – la riedizione della gara da parte dell'Amministrazione comunale.

Non merita accoglimento la domanda risarcitoria, pure promossa dal ricorrente, perché – anche a non voler considerare la sua formulazione in termini assolutamente generici – per effetto dell'intervenuto annullamento, le chance dell'Autosoccorso Lauria di aggiudicarsi la concessione per cui è causa sono immutate.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei termini di cui in motivazione, annullando per l'effetto gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Como e l'Autosoccorso Molteni Luca, in solido fra loro, a rifondere all'Autosoccorso Lauria Franco le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre ad accessori di legge.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis.1., D.P.R. n. 115/2002, il Comune di Como rimborserà

all'Autosoccorso Lauria Franco il contributo unificato effettivamente versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Alessandra Tagliasacchi**

**IL PRESIDENTE**  
**Angelo Gabbricci**

**IL SEGRETARIO**