

Publicato il 06/06/2018

N. 01430/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02794/2017 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 2794 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Parts & Services, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Battaglia e Francesco Arceri, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale del T.A.R. Lombardia – sede di Milano, in Milano, via Filippo Corridoni n. 39;

contro

Comune di Rho, rappresentato e difeso dall'avv. Tiziano Ugoccioni, con eletto presso il suo studio, in Milano, via Lanzzone n. 31;

Centrale Unica di Committenza – CUC tra i Comuni di Rho, Solbiate Olona, Cesate, Solaro e Inveruno, non costituita in giudizio;

nei confronti

Officina M & D Car S.n.c. di Dones Massimo e Mammoliti Luigi, non costituita in giudizio;

Quanto al ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione

- della lettera di invito a presentare offerta per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di veicoli comunali, affidamento a procedura negoziata ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016;
- del capitolato d'appalto annesso;
- della determina n. 107 del 29.05.2017;
- della determinazione n. 219 del 27.09.2017;
- dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore di Officina M & D Car S.n.c. di Dones Massimo e Mammoliti Luigi;

per la condanna

di parte resistente, previa declaratoria ai sensi degli articoli 121 e 122 D.Lgs. n. 104/2010 di inefficacia ex tunc dell'aggiudicazione della gara e del contratto nelle more eventualmente sottoscritto.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29 marzo 2018:

per l'annullamento

oltre che degli atti già impugnati con il ricorso principale,

- dell'avviso di aggiudicazione della gara de qua, comunicato dalla Stazione appaltante in data 19.02.2018;
 - del provvedimento/determina di aggiudicazione della gara sub iudice, richiamato nell'avviso di aggiudicazione di cui sopra, datato 19.02.2018 e di numero 35;
 - di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli di cui sopra, ancorché non cognito;
- nonché per la declaratoria

di inefficacia ex tunc, ai sensi degli articoli 121 e 122 Cod. proc. amm. del contratto nelle more eventualmente stipulato e/o stipulando tra la società aggiudicataria e l'Amministrazione resistente e per la conseguente condanna della Stazione Appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto al ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero alla riedizione della gara, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti dal ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso, il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rho;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 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

1. Il Comune di Rho, tramite la Centrale Unica di Committenza costituita con altri Comuni limitrofi, ha bandito la procedura negoziata, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento, con il criterio del minor prezzo, dell'appalto della durata di 24 mesi del servizio di riparazione e manutenzione meccanica ed elettromeccanica dei veicoli di proprietà comunale, compresa la fornitura e il montaggio dei pneumatici e i servizi connessi.

2.1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio il Consorzio Parts & Services, operatore del settore, impugna chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, la lex specialis di gara nella parte in cui individua quale metodo di aggiudicazione il criterio del minor prezzo, in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oltre all'aggiudicazione provvisoria a favore della società Officina M & D Car S.n.c..

La domanda caducatoria è accompagnata dalla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, e dalla domanda di risarcimento del danno, con preferenza per il risarcimento in forma specifica rispetto a quello per equivalente monetario.

2.2. Con ricorso per motivi aggiunti il Consorzio impugna, chiedendone sempre l'annullamento, l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata, sia riproponendo le stesse censure dedotte nel ricorso principale, sia sollevando ulteriori profili di illegittimità.

3.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Rho, eccependo preliminarmente l'inesistenza assoluta della notifica del ricorso introduttivo, perché effettuata ad un indirizzo pec non registrato in Reginde, e comunque la irricevibilità dello stesso, perché il criterio del prezzo più basso era già stato scelto nell'originaria lettera d'invito, poi modificata su altri aspetti dalla stazione appaltante, e a monte nella stessa delibera a contrarre e nell'avviso pubblico.

Sempre in via preliminare, l'Ente eccepisce la tardività dell'ultimo motivo di impugnazione dedotto con il solo ricorso per motivi aggiunti, perché la censura contro la partecipazione alla gara della

società controinteressata doveva essere sollevata all'atto di invito alla procedura negoziata della impresa concorrente.

3.2. Nel merito, l'Amministrazione resistente controdeduce a tutte le doglianze prospettate da controparte, concludendo per la reiezione di entrambi i ricorsi.

4. Non si sono, invece, costituite in giudizio né la Centrale Unica di Committenza, né la controinteressata Officina M & D Car S.n.c..

4. Parte ricorrente e Amministrazione resistente hanno ulteriormente sviluppato i rispettivi argomenti in successive memorie difensive.

5. Rigettata da parte del Tribunale la domanda cautelare per difetto dei requisiti normativi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, la causa è stata chiamata all'pubblica udienza del 10 maggio 2018 e in quella sede trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con due successivi mezzi di impugnazione vengono sottoposti all'esame di questo Tribunale amministrativo le regole che hanno disciplinato la procedura negoziata bandita dalla CUC nell'interesse del Comune di Rho per l'aggiudicazione dell'appalto della durata di 24 mesi del servizio di riparazione e manutenzione meccanica ed elettromeccanica dei veicoli di proprietà comunale, compresa la fornitura e il montaggio dei pneumatici e i servizi connessi, nonché gli esiti della procedura medesima.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione, dedotto tanto nel ricorso principale, quanto in quello per motivi aggiunti, e rubricato «*Violazione degli artt. 95, comma 3 e 4, D.Lgs. 50/2016 e 60 del D.Lgs. 56/2017. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta*», il ricorrente sostiene che l'appalto in

questione, avendo a oggetto un servizio ad alta specializzazione o comunque di natura tecnica e intellettuale di valore superiore a Euro 40.000,00, non possa essere aggiudicato con il criterio del prezzo più basso, ma debba invece essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.2. Con il secondo motivo di impugnazione, dedotto tanto nel ricorso principale, quanto in quello per motivi aggiunti, e intitolato *«Violazione degli artt. 95, comma 4 e 5 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta»*, il deducente lamenta il difetto di motivazione in punto di scelta del criterio di aggiudicazione dell'appalto.

2.3. Con il terzo motivo di impugnazione, dedotto tanto nel ricorso principale, quanto in quello per motivi aggiunti, e epigrafato *«Violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e violazione del principio di non discriminazione. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Anomalia costo manodopera»*, l'esponente contesta l'importo messo a base d'asta per la voce costo del personale (segnatamente, 38 €/h), perché, ammettendo qualunque ribasso, potrebbe condurre alla violazione dei minimi retributivi e alla presentazione di un'offerta anomala.

2.4. Con il quarto motivo di impugnazione, dedotto tanto nel ricorso principale, quanto in quello per motivi aggiunti, e rubricato *«Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta – violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione»*, il Consorzio si duole, siccome lesiva del diritto costituzionale di difesa, della previsione del

capitolato, che equipara la partecipazione alla procedura alla accettazione incondizionata di ogni clausola della *lex specialis*.

2.5. Con il quinto motivo di impugnazione, dedotto solamente nel ricorso per motivi aggiunti e intitolato «*Violazione degli artt. 36, 83 comma 2 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta, illogicità, illegittimità della procedura per mancata applicazione del principio della rotazione*», il Consorzio ricorrente sostiene che la società controinteressata, in quanto gestore uscente del servizio, non avrebbe dovuto essere invitata alla procedura negoziata.

3.1. Preliminarmente, va disposta l'espunzione dal fascicolo d'ufficio delle memorie ex articolo 73 Cod. proc. amm. depositate dal Consorzio ricorrente oltre le ore 12.00 del giorno di scadenza dei termini, rispettivamente, di quindici giorni e di dieci giorni liberi prima dell'udienza di merito.

Vero è, infatti, che ai sensi dell'articolo 4, comma 4, dell'Allegato 2 al Codice di rito, i termini che per esigenze di difesa devono essere calcolati a ritroso rispetto all'udienza (come per l'appunto quelli che qui vengono in rilievo) scadono alle ore 12.00 dell'ultimo giorno utile.

Peraltro, detti termini sono perentori, in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice (così, C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4545/2013), insuscettibili come tali di essere derogati in forza di un diverso accordo tra le parti (cfr., C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 916/2013), né tanto meno dall'avvenuta

accettazione, esplicita o implicita, del contraddittorio ad opera dell'altra parte.

Dunque, i suddetti scritti difensivi risultano tardivi e, perciò, non possono essere presi in considerazione ai fini della decisione della presente causa.

3.2. Sempre preliminarmente e in applicazione del criterio della ragione più liquida (cfr., C.d.S., Sez. VI[^], sentenza n. 4626/2017), il ricorso principale va dichiarato inammissibile per carenza di interesse, come rilevato ex officio da questo Tribunale alla pubblica udienza del 10 maggio 2018, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 73, comma 3, Codice di rito.

Invero, come da ultimo ribadito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4/2018, sono autonomamente impugnabili solamente quelle clausole della lex specialis di gara che, in quanto preclusive della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, sono immediatamente lesive dell'interesse del potenziale concorrente a partecipare e ad aggiudicarsi il contratto. Non riveste tale carattere la clausola che fissa il criterio di aggiudicazione dell'appalto, che può essere impugnata esclusivamente con l'atto conclusivo del procedimento di evidenza pubblica (i.e., l'aggiudicazione). Men che meno riveste tale carattere la clausola che fissa il prezzo della manodopera, laddove il ricorrente – come nel caso di specie – non assuma che tale prezzo sia antieconomico, ma si limiti a paventare i rischi di un eccessivo ribasso.

L'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse consente al Collegio di prescindere dalla disamina delle diverse eccezioni in rito sollevate dalla difesa del Comune avverso l'atto introduttivo del giudizio.

3.3. Quanto, invece, alla eccezionale tardività della doglianza contenuta nel quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti, va considerato che il rito disciplinato dall'articolo 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., ha carattere eccezionale e come tale non si applica al di fuori delle ipotesi ivi espressamente previste (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I[^], sentenza n. 657/2017), ovvero sia "le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali".

Il principio di rotazione negli inviti ad una procedura di evidenza pubblica non integra un requisito di partecipazione del concorrente alla procedura medesima, e, conseguentemente, sempre in applicazione del criterio dell'interesse, la sua violazione dedotta avverso l'atto conclusivo della procedura, ovvero sia l'aggiudicazione dell'appalto ad altri.

Così è avvenuto nel caso di specie, sicché la censura risulta assolutamente tempestiva.

4. Fatte queste premesse in rito, può ora passarsi alla disamina del merito dell'impugnazione.

5.1. Innanzitutto, va affrontata la questione della legittimità della scelta di aggiudicare l'appalto in discussione secondo il criterio del prezzo più basso (dedotta con il primo motivo di impugnazione). Al riguardo risulta dirimente la sussunzione dello stesso in una delle categorie individuate al comma 3, piuttosto che al comma 4, dell'articolo 95 D.Lgs. n. 50/2016.

Vero è, infatti, che la precitata disposizione marca una decisa preferenza a favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, escludendo che possa farsi ricorso al criterio del prezzo più basso per le ipotesi elencate al relativo comma 3 (cfr., T.A.R.

Lazio – Roma, Sez. III[^] ter, sentenza n. 12439/2016), e ammettendo di contro l'utilizzo di tale modalità di aggiudicazione per le categorie di appalti indicati al successivo comma 4.

Si tratta, quindi, di decidere se l'appalto del servizio di riparazione dei veicoli di servizio di un Comune sia – come sostiene il Consorzio ricorrente – un appalto di servizi di natura tecnica e intellettuale, o se invece - come sostiene l'Amministrazione – sia un appalto di servizi con caratteristiche standardizzate. Nel primo caso, trattandosi di appalto di valore pari o superiore a Euro 40.000,00, l'aggiudicazione al prezzo più basso sarebbe illegittima ex articolo 95, comma 3, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016; nel secondo caso sarebbe, invece, legittima ai sensi del comma 4, lettera b), del medesimo articolo.

5.2. Il Collegio è ben consapevole dell'esistenza sul punto di due diversi orientamenti giurisprudenziali, e nondimeno, per le ragioni che si vanno a esporre, ritiene preferibile dare continuità all'indirizzo già espresso in sede cautelare, sia pure all'esito di una delibazione per definizione sommaria.

Invero, l'impiego di strumentazione informatica per lo svolgimento del servizio, specie nella diagnosi dei guasti e nella scelta dei soluzioni, in uno con l'esistenza di protocolli d'azione approvati dalle case produttrici dei veicoli, contrariamente a quanto sostiene parte ricorrente, dimostra semmai la tendenziale ripetitività degli interventi e l'elevata standardizzazione delle prestazioni di manutenzione (cfr., T.A.R. Toscana, Sez. II[^], sentenza n. 1667/2017). Il che legittima la scelta, operata dall'Amministrazione, di aggiudicare il contratto sulla base del prezzo più basso (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I[^] bis, sentenza n. 2528/2018).

Pur non mettendosi in dubbio la necessaria qualificazione professionale degli addetti alle riparazioni, è indubbio che il tipo di intervento di manutenzione richiesti tendono a ripetersi e a risolversi in operazioni piuttosto routinarie.

La doglianza è, quindi, infondata.

6. Parimenti infondato è il secondo motivo di impugnazione.

Nella determina a contrarre sono chiaramente illustrate le ragioni per le quali si è preferito optare per il criterio del prezzo più basso. In particolare, la stazione appaltante ha spiegato che oggetto del contratto è una prestazione standardizzata, in quanto il servizio non presenta caratteri né di originalità, né di alta tecnologia, e ripetitiva, in quanto si sostanzia in interventi ricorrenti e ciclici, effettuati a condizioni fissate dal mercato.

In tal modo la stazione appaltante ha assolto l'onere motivazionale su di essa incombente.

Peraltro, trattandosi di una motivazione ragionevole di una scelta discrezionale, essa si sottrae, in quanto tale, al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo.

7. E' ugualmente infondato il terzo motivo di impugnazione, concernente il costo della manodopera per l'esecuzione del servizio.

Per stessa ammissione del Consorzio ricorrente la base d'asta (38 €/h) è in linea con le tabelle ministeriali del costo del lavoro, le quali, peraltro, non costituiscono un limite inferiore invalicabile, ma solamente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2540/2018).

E, dunque, è solamente nella fase, successiva ed eventuale, della verifica dell'anomalia, che si esaminano – ai fini dell'apprezzamento della sostenibilità dell'offerta - i ribassi sulla suindicata base d'asta in

concreto offerti. In astratto ed ex ante la suddetta previsione della legge di gara non presenta profili di illegittimità.

8. Quanto alla previsione del capitolato speciale che equipara la partecipazione alla procedura di evidenza pubblica alla accettazione incondizionata di ogni clausola della lex specialis (stigmatizzata nel quarto motivo di impugnazione), essa, ove intesa quale acquiescenza del concorrente, confligge indubbiamente con il consolidato insegnamento giurisprudenziale che nega qualsivoglia automatismo tra partecipazione alla gara e abdicazione al diritto di difesa (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 2507/2016).

La clausola in esame, ove sottende alla rinuncia all'esercizio e del diritto di difesa, è nulla perché lede un diritto costituzionalmente garantito (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II[^] ter, sentenza n. 1432/2014). Nondimeno, in applicazione del principio di conservazione e in considerazione della non essenzialità della previsione medesima all'interno dell'intero disciplinare di gara, la nullità della clausola non si estende a tutto il capitolato ma resta circoscritta alla clausola stessa.

D'altro canto, è indubbio che, non avendo la ridetta clausola impedito al ricorrente di partecipare alla procedura, né tantomeno di agire in giudizio, essa non ha arrecato nessuna lesione alla sfera giuridica del Consorzio.

9. Resta da esaminare il quinto motivo di impugnazione, con cui è dedotta la violazione del principio di rotazione degli inviti, per essere stato aggiudicato l'appalto di cui si discute al gestore uscente del servizio medesimo.

Il principio, fissato dall'articolo 36 D.Lgs. n. 50/2016 per gli appalti sotto soglia (quale, per l'appunto, l'appalto in esame), mira a evitare il

crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali e a consentire, di contro, l'apertura del mercato agli operatori più ampia possibile (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I[^], sentenza n. 320/2018).

Nel caso di specie la stazione appaltante non ha palesato le ragioni che l'hanno indotta a derogare al principio (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VIII[^], sentenza n. 3086/2017). Il che rende illegittima per ciò solo la procedura e l'aggiudicazione del contratto al concorrente che non avrebbe dovuto partecipare (cfr., T.A.R. Toscana, Sez. I[^], sentenza n. 17/2018).

10.1. In conclusione, il ricorso principale è inammissibile.

Il ricorso per motivi aggiunti è fondato quanto al quinto motivo e pertanto viene accolto.

Per l'effetto sono annullati gli atti impugnati e viene dichiarato inefficace il contratto stipulato con la società Officina M & D Car S.n.c..

Non si dispone, tuttavia, il subentro nel contratto del ricorrente. Spetta, infatti, alla stazione appaltante, nell'ambito dei residui poteri discrezionali, riattivare la procedura, procedendo – in presenza dei presupposti di legge - all'aggiudicazione della gara in favore della seconda classificata, Consorzio Parts & Services, e alla successiva stipulazione del contratto.

Parimenti, non si fa luogo al risarcimento del danno per equivalente monetario, ben potendo parte ricorrente ancora acquisire il bene della vita cui aspira.

10.2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara inammissibile il primo e accoglie, nei limiti e con gli effetti di cui in motivazione, il secondo.

Condanna il Comune di Rho a rifondere al Consorzio Parts & Services le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO