

Publicato il 30/07/2018

N. 01872/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 01318/2018 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**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1318 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca De Pauli, Luca Mazzeo, Luca Ponti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Ponti in Milano, via Fatebenefratelli n. 20;

*contro*

Asst della Valle Olona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Avolio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16;

*nei confronti*

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmela Marino, Luigi Borgia, Michele Dell'Arte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

*previa adozione dei più idonei provvedimenti cautelari,*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della deliberazione del Direttore Generale n. 451 del 4.4.2018, recante “Determinazioni in merito al servizio di vigilanza antincendio occorrente all'ASST della Valle Olona”, nella parte in cui – previa la espressa revoca della procedura indetta con deliberazione nr. 144 del 31.01.2018 avente ad oggetto “indizione di gara aperta, ai sensi dell'art. 60 comma 3 del D.L.vo n. 50/2016, mediante l'utilizzo della piattaforma telematica Sintel, per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio occorrente all'ASST della Valle Olona per il periodo di anni tre dalla data di decorrenza del contratto” – al p.to n. 2 ha dato mandato al RUP “per lo svolgimento di procedura negoziata in urgenza ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. 50/2016 tv, da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso per le motivazioni tutte richiamate in premessa, per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio occorrente a questa ASST per il tempo strettamente necessario all'espletamento di procedura di gara aperta in esito alla rivalutazione complessiva delle scelte aziendali sulle modalità attuative del servizio in parola, avvalendosi del supporto tecnico degli uffici competenti”, provvedimento di cui si è appresa l'esistenza in data 17.5.2018;

b) della lettera di invito ricevuta in data 18.5.2018, avente ad oggetto “Invito alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63 comma 1 e

comma 2 lettera c) del D.L.vo n. 50/2016, mediante l'utilizzo della Piattaforma Telematica Sintel, per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio occorrente all'ASST della Valle Olona. Codice CIG: 74913834D1”, anche in relazione al criterio di aggiudicazione indicato all'art. 14 nei termini del “del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95 co. 4 lett. b) del D.Lgs 50/2016”;

c) della comunicazione inviata dalla Stazione Appaltante agli operatori invitati alla suddetta procedura negoziata con invito a formulare offerta;

d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi quelli afferenti alla procedura di gara e nelle more disposti e/o adottati;

e per l'accertamento e la declaratoria

dell'invalidità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura negoziata;

nonché per il risarcimento

dei danni tutti, patiti e patendi dalla ricorrente a fronte ed in conseguenza dell'operato della Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.a., il 6/7/2018:

e) della deliberazione del Direttore Generale n. 930 del 30.6.2018, ad oggetto “Procedura Negoziata in urgenza ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 t.v. per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio occorrente all'ASST della Valle Olona”, nella parte in cui, richiamata la deliberazione impugnata sub a), e in esecuzione

della medesima, all'esito della procedura di gara dispone l'aggiudicazione definitiva del servizio al massimo ribasso in pro di Elisicilia S.r.l., “per un totale complessivo per sei mesi di euro 558.786,80 (IVA esclusa), oltre gli oneri per la sicurezza per mesi sei non soggetti a ribasso pari ad Euro 500,00”, con “successiva opzione di rinnovo pari ad ulteriori sei mesi prevista nella lettera di invito previa verifica alla fine dei primi sei mesi contrattuali da parte dell'ASST Valle Olona della sussistenza dell'interesse alla procedura”;

f) dei verbali e degli atti di gara, con particolare riferimento al verbale del 30.05.2018, recante l'aggiudicazione provvisoria, atto la cui esistenza si è appresa dalla lettura dei provvedimenti sub e);

g) degli atti relativi alla verifica della anomalia della offerta di Elisicilia S.r.l., la cui esistenza si è appresa dalla lettura dei provvedimenti sub e), con particolare riferimento al verbale del 13.06.2018, in seduta riservata, “di verifica con esito positivo della congruità dei prezzi, ed analisi della documentazione giustificativa prodotta da Elisicilia Srl del 05.06.2018”;

h) di tutti gli atti a tali provvedimenti comunque connessi, presupposti e conseguenti

per la declaratoria della nullità e/o inefficacia

del contratto nelle more stipulato in relazione alla procedura di gara de qua tra la Stazione appaltante e la controinteressata (sopravvenuta)

nonché per il risarcimento

dei danni tutti, patiti e patienti dalla ricorrente a fronte ed in conseguenza dell'operato della Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla

ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica (e segnatamente e in via principale attraverso la nuova indizione di procedura di gara, secondo il criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asst della Valle Olona e di Elisicilia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il ricorso all'esame del collegio, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti l'indizione della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, comma 1 e comma 2 lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, mediante l'utilizzo della Piattaforma Telematica Sintel, per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio occorrente all'ASST della Valle Olona.

A sostegno del proprio ricorso, l'istante ha dedotto, con il primo motivo, la violazione degli artt. 63, co. 2 lett. c) e 95 D.Lgs. 19 aprile 2016 n. 50, artt. 1 e 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 97 Cost., oltre che svariati profili di eccesso di potere, lamentando, sostanzialmente, l'insussistenza dei presupposti per l'indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, e con la seconda censura la violazione degli artt. 50 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, l'art. 1, comma 1, lett. ff), della legge delega n. 11/2016, nonché l'eccesso di potere per travisamento, illogicità, errore di fatto e di

diritto, assumendo l'illegittimità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in relazione all'oggetto del servizio, ad alta intensità di manodopera e non standardizzato.

Successivamente la società ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti, sostanzialmente analoghi al ricorso principale, il provvedimento di aggiudicazione della gara alla società controinteressata.

Si sono costituite in giudizio Asst della Valle Olona ed Elisicilia S.r.l., che hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità ed improcedibilità del ricorso, chiedendone, comunque, il rigetto per infondatezza nel merito;

Alla camera di consiglio odierna il ricorso è stato trattenuto per la decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il collegio ritiene che il ricorso sia in parte improcedibile, in relazione al primo motivo di ricorso, e fondato in relazione alla seconda doglianza.

Ed invero, avendo presentato domanda di partecipazione alla gara, l'istante ha prestato acquiescenza alla tipologia di procedura scelta dalla stazione appaltante, non avendo, quindi, più interesse a dolersi in relazione a tale aspetto.

Permane, invece, l'interesse a censurare l'illegittimità, in relazione all'oggetto del servizio, del criterio del prezzo più basso scelto dalla stazione appaltante per l'aggiudicazione della gara.

Sotto tale profilo, il ricorso è fondato.

Deve, in proposito, richiamarsi un precedente giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014), per il quale: «7.1.È pacifico, nel caso di specie, che trattasi di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera secondo quanto chiarito dall'art. 50 del

nuovo codice. Tuttavia l'amministrazione ritiene che ricorra la condizione, assorbente, del servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o, detto altrimenti, del servizio "standard". 7.2. L'assunto è radicalmente erroneo. Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione. La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta"».

Nel caso di specie, il servizio da affidare è senza alcun dubbio ad alta intensità di manodopera, dovendone conseguire che lo stesso deve essere affidato con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le medesime considerazioni valgono per i motivi aggiunti, che ricalcano, sostanzialmente, gli stessi motivi dedotti con il ricorso principale.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso ed i motivi aggiunti vanno in parte dichiarati improcedibili e, per il resto, vanno accolti.

Va, altresì, accolta l'istanza di risarcimento del danno in forma specifica, conseguendone l'obbligo dell'Amministrazione intimata di indire una nuova procedura di gara secondo il criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara in parte improcedibili e, per il resto, li accoglie, unitamente all'istanza di risarcimento in forma specifica, come in motivazione.

Condanna Asst della Valle Olona ed Elisicilia S.r.l., in via solidale e per la stessa quota, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della società ricorrente, che si liquidano in una somma complessiva pari ad euro 3.000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Elena Quadri**

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

**IL SEGRETARIO**